

Filmgewerbe und Gewerbefreiheit

DISSERTATION

DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

ZUR ERLANGUNG DER

WÜRDE EINES DOKTORS BEIDER RECHTE

VORGELEGT VON

Raymond Mauritius von Tschärner

von Rothenbrunnen (GR)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Z. Giacometti



Zürich 1952

Dissertationsdruckerei Leemann AG

Filmgewerbe und Gewerbefreiheit

DISSERTATION

DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

ZUR ERLANGUNG DER

WÜRDE EINES DOKTORS BEIDER RECHTE

VORGELEGT VON

Raymond Mauritius von Tscharnier

von Rothenbrunnen (GR)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Z. Giacometti



Zürich 1952

Dissertationsdruckerei Leemann AG

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Oktober 1951

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Weiß



MEINER LIEBEN MUTTER
UND DEM ANDENKEN
MEINES VATERS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einleitung.	1
<i>I. Teil: Die Handels- und Gewerbefreiheit</i>	<i>3</i>
I. Die Freiheitsrechte im allgemeinen	3
1. Die Wurzeln der Freiheitsrechte	3
2. Der Sinn der Freiheitsrechte	5
3. Freiheitsrechte und Demokratie	6
II. Die Gewerbefreiheit	8
1. Die Geschichte der HGF	8
2. Die heutige Tragweite der HGF	11
3. Der Schutz der HGF	23
4. HGF und Privatrecht	27
5. Die HGF und die privatrechtlichen Wirtschaftsorganisationen	32
<i>II. Teil: Das Filmgewerbe</i>	<i>39</i>
I. Die Entwicklung des Filmgewerbes	40
II. Der Begriff	44
1. Die Filmproduktion	45
2. Der Filmverleih	46
3. Das Lichtspieltheatergewerbe	49
4. Das Filmhilfsgewerbe	50
<i>III. Teil: Das Verhältnis von Filmgewerbe und Gewerbefreiheit</i>	<i>51</i>
I. Die Verbandsordnung im Filmgewerbe in ihrem Verhältnis zur Gewerbefreiheit	51
1. Die Berechtigung der Problemstellung	51
2. Das Prinzip der Verbandsordnung im Filmgewerbe.	54
3. Der ungenügende Schutz der privatrechtlichen HGF im Filmgewerbe	59
4. Die Verbandsordnung im Filmgewerbe im Lichte der bundesgerichtlichen Boykottpraxis.	63
5. Die Verbandsordnung, insbesondere die Bedürfnisklausel im Filmgewerbe als Surrogat des öffentlichen Rechts.	68
6. Das Verhältnis von Art. 31 bis Abs. 4 und Art. 31 bis Abs. 3 lit. d BV	73
a) Die Bedürfnisklausel im Filmgewerbe als Selbsthilfemaßnahme	73
b) Die interessenvertragliche Regelung im Filmgewerbe als kartellähnliche Organisation im Sinne des Art. 31 bis lit. d BV	74
c) Das Verhältnis beider Normen	77

II. Die Polizeischränken des Filmgewerbes	80
A. Allgemeiner Teil	80
1. Der Polizeibegriff	80
2. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit	81
3. Der Geltungsbereich der filmpolizeilichen Akte	85
4. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	87
5. Die Arten der Polizeiakte	88
a) Einteilung	88
b) Die Gewerbeaufsicht	88
c) Die Polizeierlaubnis	90
B. Besonderer Teil	98
1. Die Filmzensur	98
2. Der Jugendschutz	104
3. Die Vorführungsbeschränkungen	109
4. Die Kinoreklame	110
III. Die fiskalischen Beschränkungen des Filmgewerbes	112
1. Die öffentlichen Abgaben und die HGF im allgemeinen	112
2. Die fiskalische Belastung des Filmgewerbes im allgemeinen	116
3. Der Charakter der Kinopatenttaxe	118
4. Die Berechtigung der Kinopatenttaxe	121
5. Die Kinopatenttaxe und der Grundsatz der Gleichstellung der Gewerbebetriebe unter sich	125
6. Die Kinopatenttaxe und das Verbot prohibitiver Steuern	127
IV. Das eidgenössische öffentliche Filmrecht	128
A. Das positive eidgenössische öffentliche Filmrecht	128
1. Historische Übersicht des positiven eidg. öffentlichen Filmrechts	128
2. Die Gliederung des eidg. öffentlichen Filmrechts	132
3. Das Verhältnis des eidg. öffentlichen Filmrechts zur HGF im allgemeinen	132
4. Das formelle öffentliche Filmrecht	134
a) Die Rechtsnatur der SFK	134
b) Die Organe der SFK	139
c) Die Verfassungsmäßigkeit des Filmkammererlasses	142
5. Das materielle Filmrecht	146
a) Allgemeine Aufgaben der SFK i. e. S. als ständige Verwal- tungskommission	147
b) Die Filmkontingentierung	150
α) Die Delegationsnorm	150
β) Die Delegationsmäßigkeit des BRB über die Beschrän- kung der Einfuhr von Filmen	151
γ) Der Inhalt der Filmkontingentierung	153
B. Das eidgenössische Filmrecht de lege ferenda	157
1. Übersicht der bisherigen Filmgesetzgebungsarbeiten	157
2. Die verfassungsmäßige Grundlage einer eidg. Filmgesetzgebung	160
3. Die Wirtschaftsartikel als Grundlage für ein BG über die Be- willigungspflicht mit Bedürfnisklausel im Filmgewerbe	162

Literaturverzeichnis

- Ackerknecht E.*, Das Lichtspiel im Dienste der Bildungspflege. Berlin 1918.
- Aeppli H.*, Die Filmzensur in der Schweiz. Diss. Zürich 1949.
- Affolter A.*, Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis. Zürich 1915.
- Grundzüge des schweiz. Staatsrechtes. Bern 1923.
- Astrow W.*, Grenzen der Freiheit in der Demokratie. Zürich 1940.
- Bächlin P.*, Der Film als Ware. Basel 1945.
- Bancal J.*, La Censure Cinématographique. Paris 1934.
- Bauer H.*, Von der Zunftverfassung zur Gewerbefreiheit in der Schweiz 1798 bis 1874. Diss. Basel 1929.
- Baumgartner J.*, Die Handels- und Gewerbefreiheit im schweiz. Staats- und Verwaltungsrecht. Diss. Basel 1924 (Maschinenschrift).
- Bertheau Th.*, Die bundesrechtliche Praxis betreffend die Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung. Diss. Zürich 1895.
- Beyel Ch.*, Die neue Zürcher Kinoverordnung und ihre Grenzen. Schw. Zschft. f. Gemeinnützigkeit 1923, Heft 6.
- Bietenholz W.*, Gewerbeschutz im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit. Diss. Zürich 1945.
- Bindschedler R.*, Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit. SJZ 38/292ff.
- Blumenstein E.*, System des Steuerrechts. Bern 1945.
- Böhm F.*, Kartellauflösung und Konzernentflechtung. Süddeutsche Juristenzeitung 1947/2.
- Wettbewerb und Monopolkampf. Berlin 1933.
- Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. ZBJV 85/329ff.
- Böhmer V.*, Der Film in Wirtschaft und Recht. Berlin 1933.
- Brühwiler H.*, Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassungen in ihrem Verhältnis zur Bundesverfassung. Diss. Bern 1948.
- Bühler W.*, Begriff der öffentlich-rechtlichen Anstalt. Diss. Zürich 1928.
- Burckhardt W.*, Kommentar der schweiz. Bundesverfassung. Bern 1931.
- Methode und System des Rechts. Zürich 1936.
- Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat. ZBJV 70/97ff.
- Cohn G.*, Art. 31 der schweiz. BV, betr. die Freiheit von Handel und Gewerbe. Zürich 1883.
- Kinematographenrecht. Berlin 1909.
- Dareste*, Les constitutions modernes. Paris 1928.
- Diggelmann W.*, Die Billettsteuer in der Schweiz. Diss. Zürich 1944.
- Eder C.*, Die Verfassungsmäßigkeit der kant. und kommunalen Monopolanstalten auf der Grundlage von Art. 31 der schweiz. BV. Diss. Heidelberg 1917.
- Eggmann E.*, Der Staat und die Kartelle. Diss. Zürich 1945.
- Engel*, Nationales und internationales Filmrecht, in Juristische Blätter (Wien), Bd. 71 (1949), S. 209.
- Ernst A.*, Die Schranken der Pressefreiheit. Diss. Bern 1942.
- Fehr*, Die Auferstehung des Mittelalters im modernen Recht. Antrittsvorlesung an der Universität Bern 1924.

- Feldmann M.*, Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit. Basel 1931.
- Filmlexikon, Kleines, herausgegeben von C. Reinert. Einsiedeln 1946.
- Fleiner F.*, Schweiz. Bundesstaatsrechts. Tübingen 1923.
- Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht. Zürich 1940.
 - Kausalitätsprobleme im Verwaltungsrecht, in Festschrift Zangger, S. 496ff. Zürich 1934.
 - Die Fortbildung der schweiz. BV seit dem Jahre 1874. Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1907. Tübingen 1907.
 - Einzelrecht und öffentliches Interesse. Staatsrechtl. Abhandlungen, Festgabe Laband. Tübingen 1908.
- Frank F.*, Die Staatsaufsicht über private Gewerbebetriebe. Diss. Zürich 1924.
- Frank L.*, Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung. Diss. Zürich 1919.
- Funk A.*, Film und Jugend. München 1934.
- Gawronski V.*, Die Arbeiterschaft, die Demokratie und die Freiheitsrechte. Festgabe Ilg 1947, S. 81ff.
- Geyer E.*, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, Zollartikel und Wirtschaftsartikel, in Wirtschaft und Recht II/25ff.
- Giacometti Z.*, Schweiz. Bundesstaatsrecht (Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fleiner. Zürich 1949.
- Staatsrecht der Kantone. Zürich 1941.
 - Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweiz. Bundesgerichtes. Zürich 1933.
 - Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der BV, in Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV. Zürich 1948.
 - Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Schweiz. Eidgenossenschaft. Festgabe Fleiner 1937.
 - Das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaatsrecht. Festgabe Fleiner 1927.
 - Die Auslegung der schweiz. BV. Tübingen 1925.
 - Die Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien. SJZ 30/289ff.
 - Außenhandel und Handels- und Gewerbefreiheit in Staat und Wirtschaft. Festgabe Nawiasky. Einsiedeln 1950.
- Gmür L.*, Die Entwicklung der Gewerbefreiheit im Kanton Luzern von der Helvetik bis zur Bundesverfassung von 1874. Diss. Bern 1924.
- Gordon H.*, Die Sonn- und Feiertagsgesetzgebung nach schweiz. Recht. Diss. Zürich 1917.
- Graner*, Kartelle, in SJK Nr. 214.
- Grossmann R. H.*, Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz. Diss. Zürich 1948.
- Guez*, Le cinématographe et la liberté d'industrie. ZSR 35/489ff.
- Gysin A.*, Berufsverbände, in SJK Nr. 889.
- Haefely E.*, Die Gewerbepolizei nach kant. soloth. Recht. Diss. Zürich 1927.
- Häne W.*, Kino und Hausiergesetz, in SJZ 27/99ff.
- Hanselmann H.*, Kino und Volkserziehung. Zeitschr. f. Gemeinnützigkeit 60/75ff.
- Haussener W.*, Die rechtlichen Grundlagen der wirtschaftlichen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, in Wirtschaft und Recht I/22ff.

- Haussmann F.*, Alte und neue Verbindungen privater und öffentlicher Wirtschaftsbetätigung, in *Wirtschaft und Recht* I/3ff.
- Hellwig A.*, Rechtsquellen des öffentlichen Kinematographenrechts. München 1913.
- Schundfilm. Halle 1911.
 - Die Kinematographenzensur. München 1910.
- Henggeler E.*, Kinematograph und Gewerbefreiheit. ZSR 35/489.
- Herrnritt R.*, Grundlehren des Verwaltungsrechtes. Tübingen 1921.
- His E.*, Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts. Basel 1929.
- Wandlungen der Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz. Festschrift Wieland 1934.
- Holer O.*, Lösungsversuche im Boykottrecht, in *SJZ* 16/169ff.
- Berufsverband und Staat. Zürich 1926.
- Holzherr W.*, Der Tonfilm in seinen Beziehungen zum Urheberrecht. Diss. Bern 1934.
- Homburger E.*, Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung. Diss. Zürich 1948.
- Huber A.*, Die Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit durch das Notverordnungsrecht des Bundes. Diss. Bern 1925.
- Huber H.*, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte. ZSR 55/1a.
- Die Handels- und Gewerbefreiheit und ihre heutige Bedeutung. St. Gallen 1933 (Vortrag).
 - Verbandsrecht und staatliches Recht. Zbl 50/52.
 - Soziale Verfassungsrechte?, in Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV 1948, S. 149ff.
 - Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Bundesbeschlusses über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland vom 14. Okt. 1933, in *Wirtschaft und Recht* I/191ff. (vgl. auch II/25ff.).
- Hurter E.*, Die Bewilligungspflicht als Mittel der Wirtschaftspolitik. Diss. Zürich 1946.
- Jackson-Wrigley M.*, The Cinema. Historical, Technical and Bibliographical. A survey for librarians and students. London 1939.
- Jellinek W.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen 1905.
- Kaufmann O. K.*, Die revidierten Wirtschaftsartikel der schw. BV u. das geltende Wirtschaftsrecht, in Festgabe Nawiasky 1950.
- Keller A.*, Bericht an die eidg. Filmkommission über einige Fragen des Filmwesens. Genf 1938 (vervielfältigt).
- Keller W.*, Die Gewerbefreiheit und die Rechtsanwaltschaft als wissenschaftliche Berufsart. Diss. Zürich 1920.
- Keller W.*, Die kantonale Sondergewerbesteuer und die BV. Diss. Freiburg 1945.
- Kern Th.*, Ein eidgenössisches Filmgesetz? SA aus Schweizer Film Nr. 11/12, 1944.
- Jugendschutz und Kino, 1945.
 - Die gewerbesozialen Funktionen des filmwirtschaftlichen Interessenvertrages, 1944.
 - Quellen des schweiz. Filmrechts, 1945.
- Keynes J.*, Das Ende des Laissez-Faire. München 1926.
- König W.*, Das öffentliche Lichtspielrecht im Deutschen Reich in Vergangenheit und Gegenwart. Berlin 1937.

- Korger H.*, Das lebende Bild. Zürich 1940.
- Krummenacher A.*, Das Verhältnis der kant. Steuerhoheit zur Handels- und Gewerbebefreiheit in der Rekurspraxis der Bundesbehörden. Diss. Bern 1946.
- Lächler P.*, Film und Recht in der Schweiz, in Schweizer Annalen Heft 4/5, 1944.
- Lammers*, Kartellgesetzgebung des Auslandes. Berlin 1927.
- Lampert U.*, Das schweiz. Bundesstaatsrecht. Zürich 1918.
- Lange K.*, Das Kino in Gegenwart und Zukunft. Stuttgart 1920.
- Lehnick*, Kartelle und Staat, unter Berücksichtigung der Gesetzgebung des In- und Auslandes. Berlin 1928.
- Leibig*, Die Filmzensur, in Jugendpflege, 1925 Heft 1/2.
- Manasse F.*, Die rechtlichen Grundlagen der Theater- und Kinematographenzensur. Diss. Greifswald 1913.
- Marbach F.*, Kartelle, Hwb der schweiz. Volkswirtschaft Bd. II, S. 17.
- Zur Frage der antimonopolistischen Intervention, in Wirtschaft und Recht 1/217ff.
- Marti H.*, Handels- und Gewerbebefreiheit. Bern 1950.
- May B.*, Das Recht des Kinematographen. Berlin 1912.
- Mayer O.*, Deutsches Verwaltungsrecht I II, in Bindings syst. Handbuch. München 1924.
- Meisser H.*, Demokratie und Liberalismus in ihrem Verhältnis zueinander. Diss. Zürich 1941.
- Möhr H.*, Die Organisation im Filmverleih und Lichtspielgewerbe in der Schweiz und ihre monopolartige Stellung auf Grund der Interessenverträge von 1935. Diss. Zürich 1940.
- Moreck A.*, Sittengeschichte des Kinos. Dresden 1926.
- Moris R.*, Le Cinéma. Diss. Paris 1930.
- Müller H. M.*, Kinematograph und Gewerbebefreiheit im Deutschen Reich und in der Schweiz. Diss. Leipzig 1920 (Maschinenschrift).
- Naegeli E.*, Die Mitwirkung der Verbände bei der Rechtsetzung unter Berücksichtigung der qualifizierten Rechtsverordnung in Staat und Wirtschaft. Festgabe Nawiasky. Einsiedeln 1950.
- Nef H.*, Handels- und Gewerbebefreiheit, in SJK Nr. 616 —622a (Ersatzkarten).
- Pressefreiheit, in SJK Nr. 321.
- Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbebefreiheit, in Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV. Zürich 1948.
- Sinn und Schutz verfassungsmaßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde. ZSR n. F. 69/133aff.
- Neidhart B.*, Die Praxis der Filmzensur. SA aus Zbl 1946 Heft 11.
- Oftinger K.*, Die Vertragsfreiheit, in Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV. Zürich 1948.
- Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht. ZSR n. F. 57/481aff.
- Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in SJZ 37/225ff.
- Pasquier*, Kinematograph und geistiges Eigentum, in SJK Nr. 86.
- Petzet W.*, Verbotene Filme. Frankfurt a. M. 1931.
- Plaut R.*, Taschenbuch des Filmes. Zürich 1938.
- Renggli P.*, Das Recht auf Handels- und Gewerbebefreiheit in der schweiz. Bundesverfassung. Festgabe Schulthess 1938, S. 75ff.

- Roth W.*, Die Revision der Wirtschaftsartikel. Schw. Monatshefte Juli 1947, S. 208ff.
- Röpke W.*, Die Gesellschaftskrise der Gegenwart. Zürich 1943.
- Ruck E.*, Schweiz. Verwaltungsrecht I u. II. Zürich 1939.
- Schweiz. Staatsrecht. Zürich 1939.
- Ryffel H.*, Das Naturrecht. Diss. Bern 1944.
- Saitzew M.*, Der Interventionismus. Festgabe Fleiner 1937, S. 321f.
- Die öffentlichen Unternehmungen der Gegenwart. Tübingen 1930.
- Salin*, Geschichte der Volkswirtschaftslehre. Berlin 1923.
- Seeger E.*, Das Reichslichtspielgesetz v. 12. Mai 1920. Berlin 1923.
- Senger M.*, Filmwirtschaft, in Hb d. schw. Volkswirtschaft I/413ff. Bern 1939.
- Simonius A.*, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV. Zürich 1948, S. 281ff.
- Sombart W.*, Die Ordnung des Wirtschaftslebens. Berlin 1927.
- Spahn P. E.*, Die Filmtheater in der Schweiz. Diss. Bern 1942.
- Schröder*, Die Natur des Kartellvertrages nach schweiz. Recht. Diss. Bern 1917.
- Schaffner E.*, Kinogesetzgebung und Jugendschutz in der Schweiz, in Pro Juventute 1937, S. 181ff.
- Schindler D.*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz. ZSR 44/48f.
- Schmuki H.*, Die rechtliche Organisation der kriegswirtschaftlichen Syndikate. Diss. Zürich 1945.
- Schüleln*, Die Rechtsform der Kartelle. Diss. Erlangen 1910.
- Schürmann L.*, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung. SA aus Zbl 1948.
- Stammiler R.*, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Leipzig 1914.
- Stampfli W.*, Die Bedeutung der neuen Wirtschaftsartikel für die schweiz. Wirtschafts- und Sozialpolitik. Bern 1947.
- Steinemann E.*, Kinotheater und Kinobesuch in Zürich, in zeh. stat. Nachrichten 13/115ff.
- Stieger A.* und *Gutersohn A.*, Denkschrift betr. die Ordnung des Filmwesens in der Schweiz. Winterthur 1937.
- Tanner H.*, Die Kartellbestimmung der schweiz. Bundesverfassung. Diss. Zürich 1950.
- Tapernoux*, Les Cartels. Diss. Lausanne 1929.
- Thun R.*, Entwicklung der Kintotechnik, in Deutsches Museum 8/5ff. Berlin 1936.
- Toggenburger P.*, Preßfreiheit und demokratische Willensbildung. Diss. Zürich 1945.
- Traub H.* und *Lavies H.*, Das deutsche Filmschrifttum. Leipzig 1940.
- Veillard*, La question du cinématographe en Suisse, in Zschft. f. Gemeinnützigkeit 60/82ff.
- Vodoz A.*, Le boycottage en droit civil suisse. Diss. Lausanne 1926.
- Voigt H. A.*, Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur. Diss. Zürich 1945.
- Volkart H.*, Die Organisationsgewalt im Bundesstaatsrecht. Diss. Zürich 1936.
- Walter E. J.*, Die schweizerische Kinozunft, in Rote Revue Nr. 10, 1943.
- Werth H.*, Öffentliches Kinematographenrecht. Diss. Erlangen 1910.

- Wetter E.*, Grundsätzliches zur Revision der Wirtschaftsartikel. Festgabe Schult-hess 1938, S. 163ff.
- Wild A.*, Die kantonale Kinogesetzgebung. SA aus Schw. Zschft. f. Gemein-nützigkeit, 1924 Heft 6/7.
- Winterberger G.*, Der partielle Fähigkeitsausweis als Gewerbeschutzmaßnahme. Diss. Bern 1948.
- Wöhler E. F.*, Der Filmleihvertrag zwischen Kinobesitzer und Filmverleiher nach schweiz. und deutschem Recht. Diss. Zeh. 1935.
- Wolf-Czapek*, Die Kinematographie. Wesen, Entstehung und Ziele des lebenden Bildes. Berlin 1911.
- Wolf E.*, Die amerikanische Antitrust-Gesetzgebung und ihre internationalen Auswirkungen, in ZBJV 86/193ff.
- Zellweger E.*, Über die Rechtsnatur der schweiz. Filmkammer, in Schweizer Annalen 1944, Heft 4/5.

Periodika

Bundesblatt der Schweiz. Eidgenossenschaft (BBl)

Bericht des BR's über das Postulat Zimmerli am 26. Mai 1925: BBl 1925 II 545ff.

Botschaft des BR's über die Schaffung einer Schweiz. Filmkammer vom 13. Juli 1937: BBl 1937 II 474ff.

Nachtragsbotschaft des BR's über die Schaffung einer Schweiz. Film-kammer vom 19. März 1938: BBl 1938 I 329ff.

Botschaft des BR's über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der BV vom 10. Sept. 1937: BBl 1937 II 833ff.

Botschaft des BR's über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der BV vom 3. Aug. 1945: BBl 1945 I 905ff.

Der Filmberater.

Echo, Zeitschrift der Schweizer im Ausland, Sonderheft über Filmfragen, 1944 Heft 6.

Jahrbuch der Schweizer Filmindustrie.

Schweizer Annalen, Sonderheft über Filmfragen, 1944 Heft 4/5.

Schweizer-Film-Suisse.

Statistisches Jahrbuch der Schweiz.

Abkürzungsverzeichnis

AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze
BB	Bundesbeschluß
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
Bger	Bundesgericht
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BlzR	Blätter für zürcher. Rechtsprechung
BR	Bundesrat
BRB	Bundesratsbeschluß
BV	Bundesverfassung
Bvers	Bundesversammlung
FVV	Film-Verleiher-Verband in der Schweiz
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege
OR	Obligationenrecht
SFK	Schweiz. Filmkammer
(B-SFK)	Bericht des Sekretariates der SFK)
(VB-SFK)	Vorbericht des Sekretariates der SFK)
SJZ	Schweiz. Juristen-Zeitung
SLV	Schweiz. Lichtspieltheaterverband
StenB	Stenographisches Bulletin
StR	Ständerat
VO	Verordnung
WuR	Wirtschaft und Recht (Zeitschrift)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Zbl	Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für Schweiz. Recht

Einleitung

Schon aus der Aufgabenstellung ergibt sich die Gliederung der Arbeit. Es soll das Filmgewerbe in seinem Verhältnis zur Gewerbefreiheit untersucht werden. Ausgangspunkt einer solchen Untersuchung werden notwendigerweise die beiden Begriffe Gewerbefreiheit und Filmgewerbe bilden. Somit setzt sich diese Arbeit aus drei Teilen zusammen.

Der *I. Teil* handelt von der Gewerbefreiheit im allgemeinen. Es genügt nicht, einfach festzustellen, es herrsche Gewerbefreiheit. Freiheit kann nämlich kein absoluter Begriff sein, er setzt den Gegenbegriff der Unfreiheit, ein freiheitsbeschränkendes Objekt voraus, an welches sich das freiheitsfördernde Subjekt wendet. Im Moment, wo kein Freiheitsobjekt mehr vorhanden ist, erlischt auch die Forderung nach Freiheit. Ein Schiffbrüchiger auf einsamer Insel wird nicht die Forderung nach Gewerbefreiheit stellen, weil niemand vorhanden ist, welcher ihm seine Freiheit streitig machen kann. Erst der in Gesellschaft lebende Mensch kann die Forderung nach Freiheit stellen. Die Freiheit des Einzelnen findet an der Freiheit der anderen ihre Grenze.

Auch die wirtschaftliche Betätigung des Einzelnen kann die Interessen der anderen verletzen. Jemand stellt Heilmittel her ohne genügende Kenntnisse der Pharmazie. Die Produkte verfehlen nicht nur ihren Zweck, sie sind sogar schädlich. Hier ist es Aufgabe der Gesundheitspolizei, einzuschreiten. Auch andere polizeischutzwürdige Interessen sind denkbar: Sitten-, Bau-, Feuerpolizei usw. Es existieren aber nicht nur polizeiliche Interessen, sondern auch wirtschaftspolitische, sozialpolitische, bevölkerungspolitische, militärische können die Beschneidung der individuellen Freiheit wünschbar erscheinen lassen.

In der Schweiz besteht der Grundsatz der Gewerbefreiheit. Der Laie sagt sich, demnach darf ich einen Film drehen oder ein Lichtspieltheater eröffnen, wann und wo ich will. Er sieht bald, daß dies nicht der Fall ist. Zur Eröffnung eines Lichtspieltheaters muß er die einschlägigen kantonalen Bestimmungen erfüllen. Das Kino soll in Zürich zu stehen kommen. Als erstes benötigt er ein kantonales Gewerbeatent, welches nur an im Kanton Niedergelassene und gut Beleidete erteilt wird. Dann benötigt er eine polizeiliche Bewilligung des Gemeinderates. Vorstellungen darf er nur zu ganz bestimmten Zeiten geben. Anstellung und Arbeitszeit des Personals ist geregelt. Die Filme werden durch von der Polizeidirektion bestellte Sachverständige geprüft. Für all dies sind Gebühren zu entrichten.

Um Filme zur Vorführung zu erhalten, muß er dem Lichtspieltheaterverband (SLV) beitreten, da dieser mit dem Film-Verleiherverband (FVV) einen Interessen-Vertrag abgeschlossen hat, nach welchem nur an die Mitglieder des SLV Filme geliefert werden dürfen. Filme einführen dagegen können dank der Filmkontingentierung des Bundes nur dem FVV angeschlossene Verleiher. Ist der Bewerber sogar bereit, dem SLV beizutreten und sich an die Statuten mit den bindenden Eintrittspreisvereinbarungen, den bindenden Filmvereinbarungen zu halten und die steuermäßig nach der Höhe des Einkommens abgestuften (Platzzahl ausschlaggebend) hohen Mitgliedsbeiträge zu zahlen, so darf er, wenn kein Bedürfnis vorhanden ist, trotzdem noch kein Lichtspieltheater eröffnen. Im Filmgewerbe herrscht wie im Gastwirtschaftsgewerbe eine strikt gehandhabte Bedürfnisklausel.

Die Gewerbefreiheit ist also keine absolute, sondern nur eine beschränkte. Aufgabe ist es, die Schranken festzustellen, welche der Gewerbefreiheit gesetzt sind. Dazu muß man den Sinn der Gewerbefreiheit klarlegen, denn vernünftigerweise darf sie nur soweit eingeschränkt werden, als sie dadurch nicht ihrem Zweck entfremdet wird. Der Sinn der Gewerbefreiheit ergibt sich nicht nur aus ihrer Geschichte, sondern aus der Geschichte und dem Sinn der Freiheitsrechte im allgemeinen.

Der *II. Teil* dieser Darstellung beschränkt sich auf eine kurze Skizzierung des Filmgewerbes im allgemeinen, seiner Organisation und seiner Geschichte, allerdings nur soweit, als sie für den dritten Teil dieser Monographie von Bedeutung ist.

Der *III. Teil* behandelt das Verhältnis von Filmgewerbe und Gewerbefreiheit. Es sind die im Rahmen und in Verletzung der Gewerbefreiheit tiefgreifenden Beschränkungen des Filmgewerbes zu untersuchen. Aus dem allgemeinen Teil gewinnt man den natürlichen Aufbau der gesonderten Betrachtung. Es ergibt sich eine Dreiteilung, bei welcher ihrer Bedeutung gemäß die Problematik der Verbandsordnung im Filmgewerbe in ihrem Verhältnis zur Gewerbefreiheit an die Spitze zu stellen ist.

Der zweite Abschnitt umfaßt die zulässigen polizeilichen Schranken des Filmgewerbes. Aktenmäßig würde es sich um das umfangreichste Gebiet handeln, ist die polizeirechtliche Ordnung des Filmgewerbes doch kantonale und stehen demgemäß über 64 kantonale Erlasse in Geltung. Doch ist gerade dieses Gebiet Gegenstand zahlreicher, z. T. allerneuester Untersuchungen gewesen. Einer Zusammenstellung dieser kantonalen Erlasse würde höchstens eine praktische Bedeutung zukommen.

Der letzte Abschnitt ist dem eidgenössischen Filmrecht gewidmet. Diese Untersuchung zerfällt in zwei Teile, in eine Untersuchung des bestehenden Filmrechts, wo vor allem neben der Filmkontingentierung die Stellung und Organisation der schweizerischen Filmkammer interessiert, und in das Filmrecht *de lege ferenda*, wie es sich in den Entwürfen zu einem schweizerischen Filmgesetz der Filmkammer äußert.

I. Teil

Die Handels- und Gewerbefreiheit

I. Die Freiheitsrechte im allgemeinen

1. Die Wurzeln der Freiheitsrechte

Der Analyse eines Begriffes dient in erster Linie seine historische Erforschung. Darin liegt die Begründung, weshalb wir eine Untersuchung der Wurzeln der Freiheitsrechte an den Anfang unserer Betrachtung stellen. Es wird vielleicht überflüssig erscheinen, zur Erforschung des Ursprungs der HGF auf den Ursprung der Freiheitsrechte im allgemeinen zurückzugreifen, besitzt die HGF doch ihre eigene Geschichte, und zählt sie „nicht zu den sog. klassischen Freiheitsrechten, d. h. zu den Freiheitsrechten, die in den nordamerikanischen Bills of Rights des 18. Jahrhunderts und in den europäischen Magna Charta der Menschenrechte, der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, proklamiert wurden“¹⁾. Überflüssig wäre dies aber höchstens, wenn man die HGF einseitig nur vom wirtschaftsgeschichtlichen Standpunkt aus betrachtete, das heißt, in ihr einzig die Folge einer ökonomischen Theorie sähe, die in der Lehre der französischen Physiokraten (François Quesnay, Le Mercier u. a.) ihren Ursprung und in den Theorien der englischen Klassiker (Adam Smith, Robert Malthus, David Ricardo u. a.) Ausbau, Anerkennung und Verbreitung fanden²⁾.

Diese Betrachtungsweise wäre aber falsch, denn sie lässt den ideellen Ursprung und die ideelle Bedeutung der HGF unbeachtet, welche überhaupt gerne in der heutigen Zeit wirtschaftstheoretischer Auseinandersetzungen vernachlässigt werden. Auch die HGF hat ihre Wurzeln, wie alle übrigen Freiheitsrechte, im Gedankengut der Aufklärungszeit. Nur konnte sich die HGF aus verschiedenen Gründen nicht so schnell und nicht in dem Maße durchsetzen wie die übrigen Freiheitsrechte³⁾.

Wenn auch das liberale Gedankengut erst seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts Weltverbreitung gewann, so lassen sich doch Ansätze bis

¹⁾ Vgl. Giacometti, HGF S. 175, Bundesstaatsrecht S. 274ff.

²⁾ Vgl. Hasbach, Die allg. philosophischen Grundlagen der von François Quesnay und Adam Smith begründeten politischen Ökonomie, Leipzig 1890. Ders., Untersuchung über Adam Smith und die Entwicklung der politischen Ökonomie, Leipzig 1891. Salin, Volkswirtschaftslehre S. 16ff.

³⁾ Vgl. unten S. 8ff.

ins Altertum verfolgen. Schon 400 v. Chr. verkündete der griechische Rhetor und Sophist Alkimados: „Gott hat alle frei geschaffen“⁴⁾. Allerdings war darunter nur Freiheit von Sklaverei zu verstehen und keinerlei Freiheit vom Staate. Gewährung einer individuellen Freiheit war dem Gutdünken des Souveräns anheimgestellt.

Die Auffassung des Naturrechtes war in den einzelnen Geschichtsepochen verschieden. So unterscheidet sich das Naturrecht im Altertum, wie es uns in der Philosophie Aristoteles' entgegentritt, sowohl von dem der katholischen Kirche⁵⁾, als auch von jenem der Aufklärungszeit. Auch das Naturrecht der Aufklärungszeit proklamierte denselben Gedanken vom frei geschaffenen Menschen, nur ausgebauter und umfassender. Die Freiheitsrechte wurden nicht durch die Verfassung gewährt im Sinne einer Verleihung, sondern anerkannt. Sie waren dem Menschen angeboren und damit unverlierbar⁶⁾.

Als erste der amerikanischen Staaten erließ Virginia am 12. Juni 1776 seine Bill of Rights, die für alle übrigen Staaten wegleitend war⁷⁾. In Europa traten die Freiheitsrechte ihren Triumphzug mit der französischen Revolution und der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 an. Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte war einerseits beeinflusst durch die amerikanischen Bill of Rights, anderseits durch die europäische Aufklärungs- und Naturrechtsphilosophie. Schon Locke (1632—1704) definierte „den Staat als die Summe der Rechte, die der Bürger — zwecks Sicherung seiner Person und seines Eigentums — an die Gemeinschaft abtritt“. Die französischen Physiokraten taten mit ihrer — nach Salin — nicht physiokratischen Maxime: „Laissez faire, laissez aller, le monde va de lui-même“ den entscheidendsten Schritt zum liberalen Staat⁸⁾. Rousseaus immenser Einfluß, besonders durch seinen *Contrat social*, auf die französische Revolution ist allgemein anerkannt⁹⁾.

⁴⁾ Vgl. Meisser S. 67.

⁵⁾ Die katholische Kirche anerkennt ein Naturrecht als göttliches Recht auf Leben und Freiheit heute wie zur Zeit Thomas von Aquino.

⁶⁾ Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 61 ff., Staatsrecht S. 18, 51 ff., 68, wo u. a. darauf hingewiesen wird, daß die Freiheitsrechte „vielfach am Ausgang des 18. Jahrhunderts in Nordamerika und in Frankreich in besonderen Erklärungen und nicht in den Staatsverfassungen proklamiert und damit eben als Naturrecht der Verfügung des staatlichen Verfassungsgesetzgebers entzogen wurde“. Vgl. auch Hans Huber, Garantie S. 40 a.

⁷⁾ Vgl. Jellinek, Menschenrechte S. 17 ff.

⁸⁾ Vgl. Salin S. 16 ff. Salin betont noch, daß die Physiokraten weder Liberale noch auch nur Individualisten gewesen seien. Er zeigt, daß der Physiokrat Turgot seine „liberalen“ Ideen noch durch „zehn Jahre Despotismus“ verwirklichen wollte.

⁹⁾ Vgl. *Contrat social*, livre II, Chap. 6: „... alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle

Seit der französischen Revolution gelang es den Ideen des Liberalismus¹⁰⁾, in Form von Freiheitsrechts-Katalogen Eingang in fast alle europäischen Verfassungen zu finden¹¹⁾.

Was war der Sinn dieses Freiheitspostulates, das immer mehr Anhänger und Verbreitung fand?

2. Der Sinn der Freiheitsrechte

Der Begriff Freiheit setzt einen Gegenbegriff der Unfreiheit, des Zwanges voraus: Autonomie – Heteronomie. Als Reaktion auf den absoluten Staat bildete natürlich das Freiheitsobjekt der Staat, das Freiheitssubjekt das Individuum. Unter dem Begriff Freiheitsrecht ist somit in erster Linie eine Verhältnisordnung zwischen Staat und Individuum zu verstehen.

Die Idee des Liberalismus ist eine ethische, optimistische. Sie glaubt vor allem an das Gute im Menschen. Sie glaubt, auch dort, wo der Mensch frei handeln, frei entscheiden könne, strebe er nach dem Guten, handle er nach ethischen Prinzipien. So sieht sie in der Religions- und Kultusfreiheit den Weg zur sittlichen Stärke, in der Lehr- und Pressefreiheit den Weg zur geistigen Entwicklung und wissenschaftlichen Erkenntnis, in der HGF den Weg zum materiellen Wohlergehen. Dieser Glaube formt die Ethik des Liberalismus zu der gleichen des Humanismus. Nur der freie Mensch kann schöpferisch sein, alle Kulturwerte gedeihen nur in der Freiheit¹²⁾.

Dieser Sinn der Freiheitsrechte blieb der gleiche, auch nachdem durch den Rechtspositivismus der Begriff „ewiger“ Freiheitsrechte, im Sinne des Naturrechts der Aufklärungszeit, verlorengegangen war. Heute werden die Freiheitsrechte als positives Recht empfunden und als relativ materielles Verfassungsrecht bezeichnet, da sie nur in bezug auf die herrschende Zeit materielles Verfassungsrecht bilden, und da sie sich im Gegensatz zum absolut materiellen Verfassungsrecht, welches Gesetzgeber und Gesetzgebung bestimmt, in die anpassungsfähigere Form der einfachen Gesetzgebung kleiden könnten¹³⁾.

une loi“, und Art. 6 der „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen“: „...la loi est expression de la volonté générale“.

¹⁰⁾ Das Wort „Liberalismus“ stammt aus der Zeit der spanischen Verfassungskämpfe, die zu der Verfassung von 1812 führten. Die Anhänger der liberalen Verfassung wurden „liberales“ genannt. Vgl. Meisser S. 71.

¹¹⁾ Vgl. Dareste, Les constitutions modernes, 4. Aufl., Paris 1928.

¹²⁾ Vgl. dazu Ruggiero, Geschichte des Liberalismus in Europa, 1930. Liebert, Der Liberalismus als Forderung, Gesinnung und Weltanschauung. Meisser S. 58, wo vor der irrigen Vorstellung gewarnt wird, die Weltanschauung des Liberalismus sei die des Relativismus.

¹³⁾ Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 1 ff.

Ursprünglich, d. h. aus der Ideologie des Naturrechts heraus, wurden die Freiheitsrechte als echte subjektive Rechte empfunden. Heute ist diese Auffassung wohl kaum mehr haltbar. Denn einerseits kann der Einzelne nicht auf das Freiheitsrecht verzichten, andererseits kann aber der Staat seine rechtliche Stellung beliebig verändern, d. h. eine Pflicht des Staates fehlt. Diese Argumente lassen sich wohl kaum als „Überspitzung“ abtun¹⁴⁾.

Die Freiheitsrechte müssen heute als objektives Recht aufgefaßt werden. Der Sinn der Freiheitsrechte besteht in der Anerkennung der Unabhängigkeit des Individuums als Schöpfer und Träger der Kultur¹⁵⁾.

3. Freiheitsrechte und Demokratie

Erst die neueste Literatur weist eingehend auf die Verwandtschaft von Demokratie und Liberalismus hin¹⁶⁾, da die Ereignisse des 20. Jahrhunderts den Beweis erbracht haben, daß eine Demokratie ohne Liberalismus nicht lebensfähig ist, während im 19. Jahrhundert, der Entstehungszeit der beiden Bewegungen, vor allem das Trennende zum Ausdruck kam.

Diese Verwandtschaft der Ideen und die heute bewiesene Abhängigkeit der Demokratie von den Freiheitsrechten geben diesen eine besondere Bedeutung. Die Freiheitsrechte stellen in der Demokratie auch Organisationsnormen der Gesetzgebung dar, indem nur durch sie das verfassungsmäßige

¹⁴⁾ Vgl. dazu Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 60 61, Staatsrecht S. 153, wo ausgeführt ist, daß selbst wenn man vom Staat als Einheit absieht, ebensowenig subjektiv öffentliche Rechte dem Einzelnen gegen die Staatsorgane zustehen, da auch diesen die juristische Persönlichkeit fehlt. Ferner H. Huber, Garantie S. 47a: „...aus den Rechten, die den Staat beschränken und die doch seinem Schutz anvertraut sein sollten, ist objektives Recht geworden. Doch hat die theoretische Begründung der Menschenrechte bis heute auf die praktische Forderung abgefärbt“. Huber bezeichnet überhaupt die Auffassung, daß es subjektive öffentliche Rechte gebe, als „Ballast“. Anders dagegen: Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. O. Bühler, Zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte, in Festgabe Fleiner, 1927, S. 54ff. Fleiner, Institutionen, 1928, S. 177ff., Bundesstaatsrecht S. 274ff. A. Favre, L'évolution des droits individuels de la Constitution, Verh. d. schw. J. V. 1936. Simonius, Persönlichkeitsrechte S. 288ff.

¹⁵⁾ Vgl. auch Giacometti, Staatsrecht S. 162: „Der Sinn der Freiheitsrechte als positives Verfassungsrecht besteht zunächst in der Sicherstellung des Eigenwertes des Individuums in der staatlichen Kollektivität“. Allerdings genügt nach unserer Meinung eine Sicherung allein vor der staatlichen Kollektivität nicht, wie unten S. 32ff. ausgeführt ist.

¹⁶⁾ Vgl. H. Meisser, Demokratie und Liberalismus. Nef, ZSR 69/227aff. E. Wetter, Revision der Wirtschaftsartikel S. 165: „...daß ohne eine liberale Staatsauffassung, die auch eine solche Wirtschaftsauffassung nach sich zieht, die Demokratie zum Scheingebilde wird und werden muß“. Bietenholz a.a.o. S. 8.

Gesetzgebungsverfahren des Volkes garantiert ist. Wenn man aber unter Verfassung im absolut materiellen Sinne den Normenkomplex über das Verfahren und die Organe der Gesetzgebung versteht, so darf man die Freiheitsrechte in der Demokratie zum absolut materiellen Verfassungsrecht zählen. Denn eine Demokratie ohne Pressefreiheit, ohne Vereinsfreiheit und Versammlungsfreiheit, ohne Rechtsgleichheit, ohne HGF u. a. ist lebensunfähig. Die Vorstellung einer politischen Freiheit ohne entsprechende individuelle Freiheit ist eine Utopie. Die Freiheitsrechte sind integraler Bestandteil der Verfahrensnormen. Sie bilden — nach Giacometti — ideelle und funktionelle Voraussetzung der Demokratie. Ideelle in dem Sinne, daß die demokratische Staatsidee davon abhängt, daß jeder Einzelne Rechtserzeuger ist, mindestens in der Weise, daß er die Repräsentanten seiner Ideen wählt. Dies setzt aber ein Selbstbestimmungsrecht voraus. Funktionelle Grundlage sind sie in dem Sinne, daß die Bildung eines unverfälschten Volkswillens als Staatswillen ohne sie nicht möglich erscheint¹⁷⁾.

Zwar hat die Geschichte Beispiele geliefert, daß die liberalen Ideen nicht von der demokratischen Staatsform abhängig sind. Liberalismus ist auch in einer Monarchie oder in einer Aristokratie denkbar und möglich, aber nicht gewährleistet¹⁸⁾. Die Geltung der liberalen Ideen hängt dort nicht vom Willen des Volkes, sondern einzig von demjenigen des Souveräns ab. Anders in der Demokratie. Hier sind die liberalen Ideen durch das Volk garantiert. In dem Moment, wo die liberalen Ideen nicht mehr im Volke lebendig sind, wo das Volk nicht mehr über seine Rechte wacht, stirbt die Demokratie. Eine gewisse Garantie liegt hier in der Natur des Menschen, der höchstens bereit ist, die Rechte der anderen zu beschränken, aber selten seine eigenen.

Burckhardt¹⁹⁾ weist darauf hin, dass sich das Recht als Gerechtigkeitsprinzip ebensowenig definieren läßt wie das Schöne. Es gibt kein absolutes Recht, keinen absoluten Gerechtigkeitsbegriff. Das Recht muß erst gesetzt, was gerecht ist, erst gefunden werden. In der Demokratie stellt sich das Recht dar als diejenige Ordnung, welche von der Volksmehrheit als gerecht empfunden wird. Auch die Demokratie vertraut auf das Gute im Menschen.

Somit haben Demokratie und Liberalismus denselben Ursprung: Das Vertrauen auf das Gute im Menschen, die Achtung vor dem Menschen als Individuum und das damit verbundene Selbstbestimmungsrecht.

¹⁷⁾ Vgl. Giacometti, Staatsrecht S. 165ff., ferner Giacometti, NZZ 1939, Nr. 101, wo ausgeführt ist: „Wo die Demokratie besteht, sind notwendigerweise auch Freiheitsrechte in Geltung. Diese folgen der Demokratie wie der Schatten dem Licht . . . Ohne Freiheitsrechte wäre die Demokratie eine Fiktion und würde zur plebiszitären Despotie“. Vgl. auch Art. 16 der franz. Menschen- und Bürgerrechtserklärung.

¹⁸⁾ Vgl. Meisser S. 94/5.

¹⁹⁾ Methode und System des Rechts. Zürich 1936, S. 248ff. Vgl. auch Meisser, Demokratie und Liberalismus S. 23.

Diese ideelle Grundlage der Freiheitsrechte und insbesondere ihre politische Bedeutung in der Demokratie, welche die HGF mit den übrigen Freiheitsrechten gemeinsam hat, wird leicht vernachlässigt, wenn man die HGF nur gesondert betrachtet.

II. Die Gewerbefreiheit insbesondere

1. Die Geschichte der HGF

Es wurde ausgeführt, daß der Ursprung der HGF ein doppelter sei. Er basiert einerseits auf einem rein volkswirtschaftlichen, anderseits auf einem politischen Element²⁰). Die politische Überlegung, deren Ursprung oben skizziert wurde, geht von der Voraussetzung aus, daß eine politische Freiheit nur durch eine adäquate Freiheit im Erwerbsleben garantiert sei.

Zur gleichen Zeit, in welcher die französische Revolution die politische Unabhängigkeit und Gleichberechtigung forderte, entwickelten die englischen Nationalökonomen Adam Smith, Robert Malthus, David Ricardo, John Stuart Mill²¹) u. a. die Theorie des Wirtschaftsliberalismus.

Die Quintessenz des Wirtschaftsliberalismus beruht — um mit Sombart zu sprechen — auf der Annahme, daß „die soziale Wohlfahrt nur die Summe der Wohlfahrt der Einzelnen ist“²²). Nachdem nun aber der Einzelne aus menschlichem Egoismus heraus stets trachten wird, einen möglichst großen Gewinn zu erzielen und somit einen möglichst hohen Wohlstand zu erlangen, muß diesem Satz gemäß bei einer absoluten Wirtschaftsfreiheit der höchste Wohlstand erreicht werden. Erfordernis dieser Wirtschaftsfreiheit bildet die Konkurrenzfreiheit, d. h. jedermann darf im Prinzip jede Erwerbstätigkeit wo und wann er will frei ausüben. Einzig polizeiliche Einschränkungen im öffentlichen Interesse waren immer ausgenommen²³). Voraussetzung dieser Konkurrenzfreiheit ist die Vertragsfreiheit.

Diese liberale Wirtschaftstheorie wurde im Laufe des 19. Jahrhunderts das leitende Wirtschaftsprinzip sowohl national als auch international²⁴).

In der Schweiz konnte sich die HGF erst in der Verfassung von 1874 vollkommen einbürgern²⁴). Den ersten Niederschlag der HGF finden wir in der Helvetik²⁵). So lautete der Art. 6: „Jeder Bürger genießt in der

²⁰) Vgl. dazu Renggli S. 72ff. Anders Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 283ff.

²¹) 1723—1790, 1766—1834, 1772—1823, 1806—1873.

²²) Vgl. Sombart, Die Ordnung des Wirtschaftslebens. Berlin 1925, S. 59ff.

²³) Vgl. BGE 45 I 357, 49 I 61, 63 I 220, 64 I 14, 66 I 23.

²⁴) Für die Entwicklung vor 1874 vgl. His, Schw. Staatsrecht III, S. 590ff., Bertheau, Bundesrechtliche Praxis, S. 74ff., Bauer, Von der Zunftverfassung zur Gewerbefreiheit

²⁵) 8. Mai 1798.

ganzen Republik volle Arbeits-, Erwerbs- und Handelsfreiheit²⁶⁾. In der Verfassung von 1848 wurde dann im Art. 29 erst der interkantonale Handel, nicht aber derjenige im Inneren des Kantons frei. His²⁷⁾ führt hierzu aus, daß Art. 29 nicht einen wirtschaftlichen Liberalismus, sondern nur einen liberalen Zentralismus brachte.

Im allgemeinen, vorab in den industriellen Kantonen, wurde der Wirtschaftsliberalismus schon vor dem Jahre 1874 eingeführt. So hat Zürich die Zünfte schon 1831 abgeschafft und die HGF unter Vorbehalt gesetzlicher Beschränkungen im Interesse des allgemeinen Wohles verfassungsmäßig schon am 29. August 1865 proklamiert. Dagegen hielt sich das Zunftsystem von den industriellen Kantonen am längsten in Baselstadt, nämlich bis zur Verfassungsrevision von 1874. Für die HGF setzten sich — nach His — vor allem die Industriellen ein, die sich durch den Zunftzwang behindert fühlten, und die radikalen Arbeiter aus liberaler Ideologie. Gegen die HGF nahmen selbstverständlich die anerkannten Handwerker als Nutznießer der Zunftordnung Stellung. 1874 stand der Wirtschaftsliberalismus im „Zenith seines Ruhmes“²⁸⁾.

Erst im Laufe des 20. Jahrhunderts begann sein Abstieg. Von außen wurde sein Ende herbeigeführt durch die verschiedenen Kriegszeiten (1914 bis 1918 und 1939 bis 1945) mit ihren Notverordnungen, und insbesondere auch durch die große Wirtschaftskrise der Dreißigerjahre. Es zeigte sich, daß die Wirtschaft eines Landes kein autarkes Gebiet darstellt und ein nationaler Wirtschaftsliberalismus einen gewissen internationalen voraussetzt.

Innerlich krankte der Wirtschaftsliberalismus daran, daß seine Hauptvoraussetzung sich als falsch erwies. Es zeigte sich nämlich, daß ein möglichst hoher Gesamtertrag der Wirtschaft, d. h. ein Wirtschaftsmaximum — wie er unbestrittenerweise durch den auf Egoismus und Gewinnsucht des Einzelnen begründeten Konkurrenzkampf richtig erzielt werden kann —, keineswegs identisch ist mit dem Wirtschaftsoptimum. Die soziale Wohlfahrt ist eben nicht die Summe der Wohlfahrt der Einzelnen. Es kommt demnach „nicht nur auf die absolute Grösse des Gesamteinkommens einer Nation, sondern auch auf die Art seiner Verteilung an“²⁹⁾.

²⁶⁾ Vgl. ferner Art. 5 der Vermittlungsakte von 1803, ferner auch § 11 des Bundesvertrages von 1815.

²⁷⁾ a. a. O. S. 590.

²⁸⁾ Vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 378.

²⁹⁾ Vgl. Saitzew, Interventionismus S. 334: „Was nützt ein Maximum, das sich, wenn auch nur zeitweise, aus einem Massenelend der Schwachen, der Glücklosen, der Arbeitsunfähigen auf der einen, und enormen Einkommen der Starken, Tüchtigen, Erfolgreichen auf der anderen Seite ergibt. Diesem Maximum ist ein Optimum vorzuziehen, bei dem keiner darben muß, selbst wenn dieses Optimum an sich kleiner als jenes Maximum ist. Hier tritt die Forderung der sozialen Gerechtigkeit der Forderung der rein ökonomischen Leistungsfähigkeit

Es kam noch dazu, daß die freie Konkurrenz, die einerseits auf dem Leistungsprinzip beruhen und andererseits markt- und preisregulierend wirken sollte, im Schutze der HGF durch die Wirtschaftssubjekte selber aufgehoben wurde. Durch Bildung von Trusts und Kartellen, durch zunftmäßige Verbandsorganisationen wurde der Konkurrenzkampf eingeschränkt, zum großen Teil überhaupt verunmöglicht. Damit war man auf dem Punkte angelangt, wo die freie Konkurrenz höchstens noch zwischen wenigen Großunternehmen spielte³⁰⁾.

Dies führte zum Zustande, daß man zwar in der Hauptsache auf dem Prinzip der HGF beharrte, anderseits aber aus wirtschaftspolitischen Gründen zu einer weitgehenden Regelung des Wirtschaftslebens griff. In den Beziehungen unter sich „kehrten seit dem Jahre 1880 alle Länder (mit Ausnahme Englands) wieder zu einer ausgesprochenen schutzzöllnerischen Handelspolitik zurück, deren Befolgung durch das eine Land die anderen fast zwangsläufig zur Nachahmung nötigte“³¹⁾.

Im Inneren der Staaten fing das wirtschaftspolitische Eingreifen des Staates mit dem ersten Weltkrieg an. Das Hauptgewicht der HGF verlagerte sich vom ökonomischen auf das politische Element. Als eindruckliches Beispiel seien hier die Wirtschaftsartikel der Weimarer Verfassung angeführt, die aus den Anschauungen jener Zeit geschaffen wurden. Art. 151 lautet: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundzügen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen; nur in diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit garantiert“. Art. 160: „Jeder Deutsche hat Anspruch auf Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte auch gegenüber dem Arbeitgeber“. Es ist deutlich ersichtlich, daß hier die HGF keine ökonomische, sondern eine rein politische Bedeutung hat.

Wirtschaftspolitische Eingriffe des Staates zeigten sich auch in der Schweiz. Einerseits darin, daß das Bger anfang, in extensiver Gesetzesauslegung und sogar in direktem Widerspruch mit der Verfassung, wirtschaftspolitische Maßnahmen der Kantone zu sanktionieren³²⁾.

entgegen. Ihr Vollstrecker ist der Staat, der die Senkung des Lebensstandards ganzer Volksteile unter ein Mindestmaß als einen gesellschaftlichen Schaden, als eine soziale Gefahr erkennt, der schon aus Selbsterhaltungs- und Behauptungstrieb einzuschreiten hat“.

³⁰⁾ Es bildeten sich sog. Oligopole. Vgl. Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, ZBJV 85/344 ff.

³¹⁾ Vgl. Sombart, a. a. O. S. 62.

³²⁾ So waren beispielsweise ursprünglich Arbeitszeit, Wirtschafts- und Ladenschluß- und Ruhetagsbestimmungen nur im polizeil. Interesse gestattet. Neuerdings stützte das Bger die Schließung aller Lebensmittelgeschäfte an einem bestimmten Halbtage, obwohl der soziale Zweck (Gesundheitspolizei), die Sicherung eines freien Halbtages für das Ladenpersonal, auch hätte erreicht werden können, indem diesem ein beliebiger freier Halbtage eingeräumt worden wäre.

Andererseits darin, daß der Bundesgesetzgeber, vorab durch dringliche Bundesbeschlüsse in der berückichtigten Periode der „Verfassungsritzungen“, im Widerspruch zur HGF zum Schutze gefährdeter Berufszweige legiferierte. Es seien hier beispielsweise erwähnt:

das BG betr. Einschränkung der Erstellung und Erweiterung von Gasthöfen vom 16. Oktober 1924,

der BB über das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Warenhäusern, Kaufhäusern, Einheitspreisgeschäften und Filialgeschäften vom 14. Oktober 1933 (erneuert 1935 und 1937),

die Maßnahmen zum Schutze der Uhrenindustrie von 1934,

der BB über die Bundeshilfe für die schweizerischen Milchproduzenten vom 28. März 1934,

der BB zum Schutze der Schuhfabrikation vom 30. Dezember 1935, usw., usw.

Besonders diese verfassungswidrige Dringlichkeitspraxis erweckte ein starkes Malaise und rief den Wunsch nach einer Verfassungsrevision wach, die durch Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 verwirklicht wurde³³⁾. Damit wurde der Interventionismus auch in der Schweiz verfassungsmäßig verankert, dem Gesetzgeber ausdrücklich die Kompetenz eingeräumt, aus wirtschaftspolitischen Gründen von der HGF abzuweichen.

2. Die heutige Tragweite der HGF

Die heutige Wirtschaftsform ist kein reiner Wirtschaftsliberalismus mehr. Sie wurde schon als Neo-Merkantilismus bezeichnet³⁴⁾. Diese Bezeichnung würde vom Merkantilismus ausgehen, der aber gerade im Gegensatz zum Liberalismus nicht individualistisch, sondern universalistisch war, indem er durch ein Kontroll- und Aufsichtsrecht des Staates das Gesamtwohl fördern wollte, indem der Staat die Zünfte gewissermaßen ersetzen sollte.

Auch neo-liberalistisch wurde unsere heutige Wirtschaftsform schon genannt. Der Neo-Liberalismus³⁵⁾ fordert die Staatsintervention zur Auf-

Dies wurde abgelehnt, da nur größere Unternehmen ihren Angestellten abwechselungsweise freigeben könnten. Also eine sozialpolitische Maßnahme zum Schutze der kleinen Detailgeschäfte. Vgl. BGE 73 I 10. Vgl. Kritik zu diesem Entscheid bei Marti S. 134; Huber in ZBJV 85/49ff. Wogegen früher das Bger (vgl. 45 I 347) geäußert hatte: „Das System der freien Konkurrenz gewährt nämlich dem Einzelnen als persönliches Freiheitsrecht nicht nur die Befugnis, seine persönlichen Fähigkeiten, sondern auch seine materiellen Mittel auf dem wirtschaftlichen Gebiete ungehindert zur Geltung zu bringen“.

³³⁾ Am 6. Juli 1947 wurde der BB vom 4. April 1946 über eine Revision der Wirtschaftsartikel der BV von Volk und Ständen mit knappem Mehr von nur 556803 gegen 494414 und 13 gegen 9 Ständen angenommen.

³⁴⁾ Sombart a.a.O. S. 62.

³⁵⁾ Vgl. Homburger S. 61/62: „Entgegen der Anschauung, die für den

rechterhaltung der freien Konkurrenz. Prinzipiell herrscht die HGF, aber die Wirtschaftssubjekte dürfen keine den freien Wettbewerb beschränkenden Vereinbarungen treffen.

In welcher Richtung sich die Entwicklung schließlich vollzieht, hängt davon ab, welche Wirtschaftsordnung der Bundesgesetzgeber auf Grund der neuen Wirtschafts-Kompetenznormen wählt, ob er das Hauptgewicht auf das Interventionsrecht des Staates oder auf die freie Wirtschaftssphäre legt.

Wir wollen, indem wir als Hauptmerkmal der heutigen Wirtschaftsordnung das Recht des Staates zu wirtschaftspolitischen Interventionen hervorheben³⁶⁾, die Wirtschaftsordnung der Gegenwart als Interventionismus bezeichnen³⁷⁾.

Der Interventionismus ist ein gemischtes System, d. h. ein Kompromiß der beiden „idealtypischen Wirtschaftssysteme“, der freien Privatwirtschaft und der gebundenen Gemeinwirtschaft³⁸⁾. Dieses gemischte System darf wohl als das der demokratischen Staatsform angemessenste betrachtet werden. Einerseits basiert es noch auf der HGF, d. h. Konkurrenzfreiheit, ist somit individualistisch und sichert die politische Unabhängigkeit des Bürgers. Andererseits gibt es aber dem Staate die Handhabe, bei evtl. sich zeigenden Mißständen zu intervenieren, durch Stützung gefährdeter Wirtschaftszweige direkt staaterhaltend zu wirken. Die Geschichte der letzten Jahre hat bewiesen, daß nichts so sehr die demokratische Staatsidee gefährdet und staatszersetzend wirkt wie Wirtschaftskrisen. Nicht zuletzt ist aber auch dieses sog. gemischte System liberaler als der absolute Wirtschaftsliberalismus, da es dem Staat eindeutig die Befugnis einräumt, gegen

historischen Verfassungsgeber maßgebend war, sieht die neoliberale Konkurrenztheorie in der freien Konkurrenz nicht eine Naturordnung, die sich unter der negativen Voraussetzung der wirtschaftspolitischen Enthaltensamkeit des Staates von selbst verwirklichen würde. Vielmehr setzt das befriedigende Funktionieren der freien Konkurrenz voraus, daß sie vom Staate ständig überwacht wird und daß das wirtschaftliche Geschehen sich innerhalb eines bestimmten normativen Rahmens abspielt, den der Staat zu schaffen und zu erhalten hat“.

³⁶⁾ Ein Kennzeichen, das beiden obgenannten Begriffen gemeinsam ist.

³⁷⁾ Für den Begriff „Interventionismus“ vgl. Hafner, Der Interventionismus, Diss. Zeh 1935, S. 49ff.

³⁸⁾ Vgl. dazu Saitzew S. 321: „Immer sind es zwei . . . idealtypische, einheitliche Wirtschaftssysteme, Wirtschaftssysteme, die in ihrer vollendeten Reinheit nur denkbar sind und in ihrer Totalität nie verwirklicht waren und kaum je verwirklicht sein werden. Zwischen diesen antithetisch polar zueinander liegenden Idealtypen liegt der Organisationstypus unserer tatsächlichen Wirtschaftsordnung, der Wirtschaftsordnung der Gegenwart, wie übrigens auch der Letztvergangenheit und voraussichtlich auch der absehbaren Zukunft. Die Erfassung des Wesens dieses dritten Organisationstypus der Wirtschaft, des Interventionismus, kann nur von der Erkenntnis jener zwei Wirtschaftssysteme ausgehen“.

Mißbräuche der HGF einzuschreiten und somit die freie Konkurrenz vor privaten Beschränkungen zu sichern³⁹⁾).

Der Interventionismus darf heute als „bewußtes Bekenntnis“ und den heutigen Wirtschaftsforderungen adäquates System aufgefaßt werden, wenn auch Sombart noch 1925 schrieb: „...man vermag noch nicht zu sagen, ob die Stilmischung, die die heutige Wirtschaftspolitik kennzeichnet, Äußerung eines bewußten Bekenntnisses zu einem ‚gemischten‘ System oder nur Ausdruck der inneren Zerknirschtheit der Staatsleiter ist. Die Stilmischung tritt jedenfalls deutlich zutage: die Wirtschaftspolitik unserer Tage ist sowohl universalistisch als individualistisch eingestellt, sie bekennt sich zum Prinzip der freien Konkurrenz, schreckt aber vor weitgehender Regelung des Wirtschaftslebens nicht zurück“⁴⁰⁾.

Aufgabe ist es nun, den Umfang abzugrenzen, welchen nach dieser interventionistischen Wirtschaftsauffassung die HGF noch besitzt. Auch nach diesem System herrscht prinzipiell noch die HGF. Ihr Inhalt ist der gleiche geblieben. Er ergibt sich noch immer aus der Idee, aus welcher heraus der Verfassungsartikel von 1874 konzipiert wurde. Diese Leitidee, die heute noch ihre Gültigkeit besitzt, faßte das Bger in einem seiner ersten Entscheide wie folgt zusammen: „... Von dem Gedanken getragen, daß grundsätzlich die freie Entfaltung der individuellen, wirtschaftlichen Kräfte und der sich daraus ergebende Wettbewerb aus dem Gesichtspunkte der allgemeinen Wohlfahrt die zweckmäßigste Ordnung des Wirtschaftslebens darstellt, gewährt der Grundsatz der HGF dem Einzelnen als persönliches Freiheitsrecht die Befugnis, seine persönlichen Fähigkeiten und materiellen Mittel auf dem wirtschaftlichen Gebiet ungehindert zur Geltung zu bringen, soweit diese Betätigung nicht gegen die höheren Interessen der Volksgemeinschaft verstößt“. Diese Ausführungen haben heute noch Geltung. Formell hat sich nichts geändert, materiell aber, daß diese höheren Interessen der Volksgemeinschaft nicht nur durch polizeiliche, sondern auch durch wirtschaftspolitische Maßnahmen gesichert werden dürfen. Der Ausgleich zwischen Freiheit und Bindung, zwischen Autonomie und Heteronomie hat sich nach dem Gesamtinteresse des Volkes zu richten. So führt der Bundesrat in seiner Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln⁴¹⁾ aus: „Freiheit und Ordnung sind gleichgeordnete Ziele, die an sich weder gut noch schlecht sind. Jede Überspannung der Freiheit ruft nach einer Beschränkung durch eine Ordnung; umgekehrt erzeugt jede allzu straffe Ordnung als Gegengewicht das Verlangen nach größerer Freiheit. Die Spannung zwischen diesen gegensätzlichen Tendenzen, die das ganze gesellschaftliche,

³⁹⁾ Vgl. BV Art. 31 bis Abs. 3 lit. d; vgl. auch Eggmann (S. 87), welcher die Intervention des Staates den Kartellen gegenüber als ökonomische, politische und soziale Notwendigkeit bezeichnet.

⁴⁰⁾ Sombart a. a. O. S. 61 ff.

⁴¹⁾ Botschaft vom 10. Sept. 1937, BBl 1937 II S. 333.

nicht nur das wirtschaftliche Leben beherrschen, läßt sich nicht endgültig ausgleichen. Es handelt sich weniger um eine Prinzipienfrage als um eine Frage des richtigen Maßes, die je nach den Umständen verschieden beurteilt werden muß. Der Ausgleich zwischen Freiheit und Bindung kann nicht stattfinden, wenn man sich einseitig auf den Boden des einen oder des anderen Grundsatzes stellt. Er setzt einen übergeordneten Grundsatz voraus, nach dem im Einzelfall zu entscheiden ist, ob und in welchem Maße Freiheit und Ordnung am Platze ist. Dieses Prinzip kann nur das wohlverstandene Gesamtinteresse des Volkes sein, worunter nicht nur die wirtschaftlichen, sondern auch die gesamten Lebensinteressen zu verstehen sind, also neben den wirtschaftlichen beispielsweise auch bevölkerungspolitische und militärische Interessen sowie Rücksichten des sozialen Gleichgewichts“.

Richtet sich aber der Umfang der HGF nach dem öffentlichen Interesse, so kann ihr Inhalt kein starrer, festumrissener sein, sondern ist den jeweiligen Wirtschaftseinflssen und -anschauungen unterworfen. Was heute noch im Allgemeininteresse liegt, muß es nicht unbedingt morgen auch noch sein und umgekehrt. So kann die Entwicklung der Technik Forderungen als im öffentlichen Interesse liegend stellen, die gestern noch nicht abzusehen waren. Ein Umschwung im Ausland kann seine Schatten bis in unser Land werfen. So macht sich bei der heutigen Entwicklung des Welt-handels jede Störung im Auslande auch bei uns bemerkbar und kann Maßnahmen nötig erscheinen lassen, die es weder vorher waren noch nachher sein müssen.

Nachdem die HGF formelles Verfassungsrecht ist, was vorab bei ihrer politischen Bedeutung für den liberalen Rechtsstaat ein logisches Erfordernis bildet, mußte sich der Verfassungsgeber darauf beschränken, das allgemeine Prinzip (d. h. den Leitgedanken, wie er oben dargestellt wurde) aufzustellen. Denn als formelles Verfassungsrecht besitzt sie eine starre Form und ist ihre Revision erschwert. Eine eingehendere Positivierung hätte die notwendige Anpassungsfähigkeit an die rasch und weit um sich greifende Entwicklung der Wirtschaft und an die Wandlungen der Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslehre geraubt. Das will nun aber nicht heißen, daß die Wirtschaftsartikel nur deklamatorischen Charakter hätten, sondern sie sind Rechtsnormen mit konkreter rechtlicher Bedeutung. Sie begründen ein klagbares Recht⁴²⁾, auf welches sich der einzelne Bürger berufen kann.

⁴²⁾ Es wird häufig als Individualrecht bezeichnet. Dies ist insofern falsch, als ein Individualrecht dem Individuum kraft seiner Persönlichkeit, ohne Rücksicht auf Staatszugehörigkeit, Geschlecht, Stand usw., zusteht. Die HGF dagegen ist nur den Schweizerbrgern garantiert. Das Recht der Berufung auf Art. 31 BV ist vom Bger den Ausländern, auch denjenigen mit Domizil oder Geschäftsniederlassung in der Schweiz, nur unter der Voraussetzung zuerkannt worden, daß ein Staatsvertrag ihnen allg. oder nach jener speziellen Richtung die Gleichstellung gewährleistet. (Vgl. BGE 47 I 45, 48 I 281.)

Da aber aus praktischen Gründen eine genügende Positivierung der Gewerbefreiheit in der Verfassung unterbleiben muß, hat diese Aufgabe das Bundesgericht zu erfüllen. Somit bestimmt sich der konkrete Inhalt der HGF nach der Praxis des Bundesgerichtes, welches hier nicht nur rechtssprechende, sondern in diesem Sinne auch „legislative“ Instanz ist.

Auch die Wirtschaftsartikel von 1947 setzen das Prinzip des freien Wettbewerbes an die Spitze. „Die HGF ist im ganzen Umfang der Eidgenossenschaft gewährleistet“. Dies Prinzip wird durch eine Anzahl Vorbehalte eingeschränkt⁴³⁾. Schon Art. 31 Abs. 1 sieht Einschränkungen polizeilicher, sozialpolitischer und wirtschaftspolitischer Art, aber nur soweit sie sich auf die BV und die auf ihr beruhende Gesetzgebung stützen können⁴⁴⁾, vor. Nef⁴⁵⁾ führt dazu aus: „Man hat sich unglücklich ausgedrückt. Man hätte präziser sein müssen und sagen sollen: ‚soweit sie nicht durch die auf verfassungsmäßigen Vorbehalten beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist‘“.

Unter Handel und Gewerbe, d. h. unter der Tätigkeit, welche unter diese Gewährleistung fällt, haben wir jede auf Erwerb gerichtete berufsmäßige oder gelegentliche Privattätigkeit zu verstehen⁴⁶⁾. Das Bger spricht bei der Definition der HGF stets nur von „jeder berufsmäßig ausgeübten, auf Erwerb gerichteten Tätigkeit“⁴⁷⁾. Diese Auslegung, nur eine berufsmäßige Tätigkeit unter den Schutz der HGF zu stellen, ist zu eng⁴⁸⁾, vorausgesetzt, daß man unter berufsmäßig eine bestimmte regelmäßig ausgeübte Wirtschaftstätigkeit versteht. Auch wer ohne Beruf oder wer gelegentlich außerhalb seines Berufes ein oder mehrere Geschäfte vornimmt, die bestimmt sind, einen Erwerb zu bringen, steht unter dem Schutze von Art. 31

⁴³⁾ Auch andere Freiheitsrechte sind nur unter Vorbehalten gewährleistet, z. B. die Niederlassungsfreiheit.

⁴⁴⁾ Dieser Vorbehalt ist überflüssig, denn wie er nach der Botschaft des BR aufgefaßt werden muß, ist er selbstverständlich. Vgl. Schürmann S. 4: „Der Vorbehalt hätte, weil in der Logik begründet, auch ohne ausdrückliche Erwähnung gegolten“. Giacometti, HGF S. 184 Anm. 42. Andere Ansicht: Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft 1948 S. 47.

Der äquivalente Absatz der alten Artikel, d. h. Art. 31 Abs. 2 lit. a—e, war juristisch noch soweit relevant, als er kantonale Monopole vorbehielt. Allerdings in unvollkommener Aufzählung.

⁴⁵⁾ Richterlicher Schutz, S. 195.

⁴⁶⁾ Die Worte Handel und Gewerbe sollen nicht zwei Tätigkeiten unterscheiden, nämlich den Handel vom Gewerbe, sondern sie sollen den Begriff jeglicher Erwerbstätigkeit erfassen. Vgl. Burckhardt, Kommentar S. 233; Marti S. 57 ff.

⁴⁷⁾ Vgl. BGE 39 I 12, 43 I 251, 59 I 111, 59 I 189. So äußert sich das Bger z. B. in 39 I 12: „...unter den Begriff des Gewerbes im Sinne von Art. 31 BV fällt jede berufsmäßig ausgeübte, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, somit auch die berufsmäßige Veranstaltung theatralischer und kinematographischer Vorstellungen“.

⁴⁸⁾ Gleicher Ansicht Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 282/283; Marti S. 59 ff.

BV. Eine andere Auslegung würde darauf hinauslaufen, daß ein Gewerbetreibender nur in dem Rahmen geschützt wäre, den er sich als seinen Beruf zum vornherein gesetzt hätte. Es sei denn, daß man jede gelegentliche private Erwerbstätigkeit als Beruf oder Nebenberuf bezeichnet⁴⁹⁾.

Weiter genügt es, daß die private Tätigkeit auf Erwerb gerichtet ist, d. h. es genügt die Erwerbsabsicht, gleichgültig, ob sie einen finanziellen Erfolg bringt oder nicht. Dabei muß nicht einmal ein finanzieller Gewinn geplant sein. Auch wer in der Absicht handelt, seine wirtschaftliche Position zu festigen oder zu stärken, um später auf Grund dieser verbesserten Stellung einen Vorteil zu erzielen, handelt in Erwerbsabsicht⁵⁰⁾.

Es muß sich ferner um eine privatwirtschaftliche Tätigkeit handeln. Die Gemeinde, der Kanton, der Staat im allgemeinen kann sich nicht auf die HGF berufen. Ein staatliches Unternehmen ist selbst nicht auf dem Boden der freien Gewerbeausübung entstanden, sondern stellt sich als ein im allgemeinen Interesse organisierter Betrieb einer öffentlichen Anstalt dar⁵¹⁾. Diese schließt, wenn nicht rechtlich, jedenfalls tatsächlich, durch Steuerfreiheit usw., die Konkurrenz aus oder beschränkt sie mindestens erheblich. Somit verstößt sie gegen das Prinzip der freien Gewerbeausübung und kann nicht die Rechte in Anspruch nehmen, die sich aus diesem Prinzip, aus dem Grundsatz der HGF für private gewerbliche Unternehmen ergeben⁵²⁾. Andererseits gewährleistet diese Verfassungsgarantie eine Freiheit nur für diejenigen Gewerbe, die der Staat überhaupt den einzelnen Bürgern zur freien Konkurrenz überlassen hat. Dagegen ist sie zum vornherein unanwendbar auf diejenigen Zweige der gewerblichen Betätigung, die der Staat entweder in den Bereich der öffentlichen Verwaltung hineingezogen oder aber als Monopol organisiert hat⁵³⁾.

Der Art. 31 BV gibt keinen Maßstab dafür ab, ob und in wie weit gewerbliche Unternehmungen als gemeinwirtschaftlich gegründet und betrieben werden dürfen. Die herrschende Meinung und Auslegung erblickt in der Vorschrift eine Einengung des Gebietes der Gemeinwirtschaft in dem Sinne, daß der Staat nicht beliebige Wirtschaftszweige in die Ver-

⁴⁹⁾ Sonst stünde z. B. ein Landkino, welches nur als Nebenbeschäftigung sonntags und samstags betrieben wird, nicht unter dem Schutze der HGF.

⁵⁰⁾ Häufig bezweckt ein Film nicht so sehr einen finanziellen Erfolg als die Beeinflussung der öffentlichen Meinung.

⁵¹⁾ Das Bger bezeichnet jedes im öffentlichen Interesse betriebenes öffentlich-rechtliches Unternehmen als öffentliche Anstalt (vgl. BGE 37 I 525, 39 I 187, 47 I 351). Es muß somit weder auf eine Gewinnabsicht, noch auf das öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Nutzungsverhältnis abstellen (Elektrizitätswerk, Versicherungsanstalt usw.). Demgegenüber ist einzuwenden, daß nicht alle nichtgewerblichen Unternehmen öffentliche Anstalten bilden. Gute Begründung bei Bühler S. 72 ff.

⁵²⁾ Vgl. BGE 40 I 188, 47 I 242.

⁵³⁾ Vgl. BGE 38 I 45.

waltung einbeziehen oder als Monopol organisieren darf. Aber diese Möglichkeit besteht nach der geltenden Praxis immer dann, wenn solche Staats- und Gemeindeunternehmungen mit Monopolcharakter für ihre Einrichtung und das beanspruchte tatsächliche oder rechtliche Monopol allgemeine Interessen, Gründe des öffentlichen Wohles geltend machen können. Die Gründung darf nicht bloß fiskalischen Motiven, d. h. der Absicht der Vermehrung der Staats- oder Gemeindeeinnahmen entspringen⁵⁴⁾. Diese Gründe des öffentlichen Wohles dürfen keine zu extensive Auslegung erfahren, und die Kommunalisierung eines Gewerbebezuges sollte nur das allerletzte Hilfsmittel sein⁵⁵⁾.

Wenn auch die Fassung von 1947 insofern glücklicher ist, als sie ganz allgemein kantonale Regale ausnimmt, so bietet doch auch sie keinen klaren Hinweis, inwieweit die Kantone nun zur Verstaatlichung von Betrieben befugt sind. Die frühere Formulierung erwähnte nur das Salzregal. Es mußten aber, da selbstverständlich der Art. 31 in allen Kantonen gleiche Bedeutung besaß, die in einem Teil der Kantone schon vor 1874 bestehenden Monopole auch für die übrigen Kantone als zulässig erklärt werden. Die Praxis erlaubte außerdem die Verstaatlichung weiterer Betriebe im öffentlichen Interesse, obwohl dies dem Wortlaut nach ausgeschlossen erschien⁵⁶⁾.

Desgleichen will die neue Fassung nicht nur die bisher bestehenden kantonalen Regale schützen, sondern behält auch stillschweigend zukünftige Regale vor. Diese Befugnis birgt eine große Gefahr in sich. „Sie könnte einmal die Rechtsgrundlage für die ‚Nationalisierung‘ von Wirtschaftszweigen durch die einzelnen Kantone bilden“⁵⁷⁾.

Außer den kantonalen Regalrechten behält Art. 31 Abs. 2 auch noch kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe und deren Besteuerung vor. Diese dürfen jedoch, soweit die BV nichts anderes vorsieht, den Grundsatz der HGF nicht beeinträchtigen⁵⁸⁾. Die

⁵⁴⁾ Vgl. BGE 47 I 242, 38 I 52, Burckhardt, Kommentar S. 229.

⁵⁵⁾ So lehnte der BR eine Verstaatlichung des Filmgewerbes, insbesondere den Übergang der Kinotheater einer Ortschaft in den Besitz und die Verwaltung der Gemeinden und die Sozialisierung der Filmindustrie, insbesondere die Übernahme der Filmproduktion durch den Staat, ab, mit der Begründung, daß das öffentliche Wohl diese beiden Radikalmittel noch keineswegs verlange. (Vgl. StenB NR 1925 26. Mai, Postulat Dr. Zimmerli und den Bericht des BR, BBl 1925 II 545 ff.)

⁵⁶⁾ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 228 ff., Bertheau S. 144, Keller, Rechtsanwaltschaft S. 37 ff., Nef, HGF, in SJK N. 617.

⁵⁷⁾ Vgl. Giacometti, HGF S. 189. So ist das Filmgewerbe besonders von einer Verstaatlichung bedroht, und hat sich der Staat schon in zahlreichen Ländern seiner bemächtigt.

⁵⁸⁾ Diese Bestimmung stimmt überein mit dem früheren Art. 31 Abs. 2 lit. e. Es sind also darunter ausschließlich polizeiliche und steuerrechtliche Vorschriften der Kantone zu verstehen. Als unvereinbar mit der HGF haben Literatur

Betätigung der Freiheitsrechte muß polizeirechtsgemäß sein⁵⁹⁾). Die Polizei definiert sich als der Teil der Verwaltung, welcher durch Eingriffe in die Freiheitssphäre des Bürgers mit Zwangsgewalt das öffentliche Recht, im Sinne der öffentlichen Ordnung, Ruhe, Sicherheit und Sittlichkeit, garantiert⁶⁰⁾). Somit sind nur solche gewerbepolizeiliche Akte verfassungsmäßig, welche den mit einer bestimmten Art der Gewerbeausübung verbundenen Gefahren für die öffentliche Sicherheit, Ruhe, Ordnung, Sittlichkeit und Gesundheit entgegentreten oder die Verletzung von Treu und Glauben im geschäftlichen Wandel durch unlautere, auf Täuschung beruhende Geschäftspraktiken bekämpfen wollen. Diese Gefahren für die öffentliche Ordnung kasuistisch zu erfassen, ist ein Ding der Unmöglichkeit. Es ist weitgehend eine Frage des Ermessens, ob in concreto ein polizeilicher Eingriff in die Gewerbefreiheit zu Recht erfolgte. Richtlinien hierfür bietet die Praxis des Bundesgerichtes.

Es stellt sich die Frage, wieweit der Bund und wieweit der Kanton die Kompetenz zu gewerbepolizeilichen Eingriffen besitzt. Nach Art. 3 BV sind die Kantone souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die BV beschränkt wird. Primär steht also auch die gewerbepolizeiliche Gewalt den Kantonen zu. Art. 31bis Abs. 2 erteilt aber dem Bund eine generelle Ermächtigung zum Erlaß gewerbepolizeilicher Vorschriften. Doch dürfen sich auch diese, unter Vorbehalt von Abs. 3 nur im Rahmen der HGF bewegen⁶¹⁾). Somit sind die Kantone wie der Bund zu gewerbepolizeilichen Erlassen befugt, die Kantone jedoch nur in dem Maße, in dem der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch macht.

Wer innerhalb des Kantons zur Ausübung der Gewerbepolizei zuständig ist, bestimmt sich nach dem kantonalen Recht. Grundsätzlich sind die Kantone in der Regelung der Zuständigkeits- und der Kompetenzfrage frei. Es stellt sich hier noch das Problem, ob die Verwaltungsbehörde nur auf Grund eines bestimmten Gesetzes handeln kann oder ob ihr eine allgemeine Gewerbepolizeibefugnis zusteht. Die Verfassung des Kantons Zürich behält sich die „durch das öffentliche Wohl geforderten gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften“ gegenüber dem Grundsatz der Gewerbefreiheit vor. Das Bger bejahte daraus ein selbständiges, von gesetzlicher Delegation unabhängiges Verordnungsrecht des Regierungsrates als oberste Polizeibehörde auf dem Gebiete der Gewerbepolizei⁶²⁾).

Neben der polizeilichen Befugnis besitzt der Bund auch eine allgemeine

und Praxis namentlich immer angenommen: den numerus clausus, die Bedürfnisklausel, den Fähigkeitsausweis, Preisvorschriften, obligatorische Berufsverbände usw.

⁵⁹⁾ Alle Freiheitsrechte finden ihre Schranken im Polizeirecht.

⁶⁰⁾ Vgl. Fleiner, Institutionen S. 363ff., H. A. Voigt, S. 48ff.

⁶¹⁾ Beim früheren Art. 34ter war umstritten, ob sich dieser an die HGF halten müsse oder nicht.

⁶²⁾ Vgl. BGE 54 I 271.

Befugnis zur Förderung einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe. Da sich diese Förderung im Rahmen der HGF halten muß, kann sie nur eine beschränkte sein. Sie wird in der Hauptsache Subventionierungen und ähnliche soziale Maßnahmen umfassen. Soziale Forderungen beanspruchen in den neuen Wirtschaftsartikeln auch sonst einen wichtigen Platz⁶³). Solch eine sozialpolitische Proklamation ist der sog. „Wohlfahrtsartikel“⁶⁴). Er bedeutet ebenso wenig wie Art. 2 BV eine Kompetenznorm⁶⁵), könnte aber ebenso wie dieser mißbräuchlich angewendet werden, wenn zur Begründung von Kompetenzen keine andere Verfassungsvorschrift vorhanden ist⁶⁶). Es besteht außerdem die Gefahr, daß im Laufe der Zeit der Wohlfahrtsartikel nicht mehr der HGF unterstellt wird, obwohl dies offensichtlich verlangt ist. Andernfalls wäre ja der ausdrückliche Vorbehalt von Art. 31 bis Abs. 3 sinnlos. Aus diesem Vorbehalt kann man e contrario schließen, daß, wo er fehlt, die HGF gilt⁶⁷). Im übrigen scheint das Postulat des Wohlfahrtsartikels auch aus dem Grunde überflüssig, als es ja schon im Staatszweck an und für sich enthalten ist. Das Gemeinwohl ist die Intention jedes Staates.

Auch der Art. 31 quinquies: Verhütung von Wirtschaftskrisen, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit usw. ist nur ein Ziel. Auch er untersteht der HGF. Dies geht eindeutig aus den Gesetzesmaterialien hervor⁶⁸).

⁶³) Es wurde seinerzeit in der Bundesversammlung der durchaus berechnete Vorschlag gemacht, die abgeänderten Artikel nicht nur Wirtschaftsartikel, sondern Wirtschafts- und Sozialartikel zu nennen.

⁶⁴) Art. 31 bis Abs. 1 BV.

⁶⁵) Vgl. Burckhardt, Kommentar S. 11, wo sich eine Reihe Beispiele finden, daß Art. 2, obwohl nicht praktisches Recht, „sondern die bloß historisch interessante Mitteilung des politischen Gedankens, der die Gründer des neuen Bundes bei ihrem Werk geleitet hat“, trotzdem wiederholt angerufen wurde, wenn sich keine andere passende Verfassungsvorschrift fand.

⁶⁶) Die Erklärung von BR Stampfli im NR: „...der Bundesgesetzgeber hat sich immer geschaut, Art. 2 als Verfassungsgrundlage für einen Gesetzeserlaß anzurufen...“, kann kaum beruhigen.

⁶⁷) Irreführend ist, daß im gleichen Artikel in Absatz 2 die HGF ausdrücklich vorbehalten wurde, nur in Absatz 1 nicht. Vgl. Giacometti, HGF S. 186 ff., Nef, Richterlicher Schutz, S. 196 ff., Schürmann S. 8 ff., StenB NR 1946 S. 53.

⁶⁸) Botsch d. BR 1945 S. 22, StenB StR 1945 S. 262, StenB NR 1945 S. 599, dazu Giacometti, HGF S. 187 ff., Nef, Richterlicher Schutz S. 198 ff., Schürmann S. 22 ff., Marti S. 93/4. Anderer Ansicht: Kaufmann, Die revidierten Wirtschaftsartikel der Schweiz. BV und das geltende Wirtschaftsrecht, in Festgabe Nawiasky, 1950, S. 46 ff. Kaufmann sieht in der Abwehr von Wirtschaftskrisen eine neue „Polizeiaufgabe“, weshalb krisenverhütende Vorkehrungen auf Grund von Art. 31 quinquies BV auch Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe im Sinne von Art. 31 bis Abs. 2 BV seien. Es sind aber keine krisenverhütende Maßnahmen denkbar, welche nicht einen Eingriff in die HGF bedingen.

Abweichungen von der HGF sind dem Bundesgesetzgeber ausschließlich und einzig auf Grund des Art. 31bis Abs. 3 gestattet. Nachdem nicht mehr der reine Wirtschaftsliberalismus herrscht, ist es Hauptaufgabe der Wirtschaftsartikel, das Gebiet der wünschbaren Interventionen des Staates möglichst exakt abzugrenzen. Somit liegt hier der Mittelpunkt oder die „sedes materiae“⁶⁹⁾. In bestimmten Situationen kann der Bund nötigenfalls im Gesamtinteresse von der HGF abweichen. Erste Voraussetzung ist das Gesamtinteresse. Dieses muß nicht unbedingt ein wirtschaftliches sein. Es sind noch andere Interessen denkbar, so militärische, bevölkerungspolitische, soziale usw. Zweite Voraussetzung bildet das „nötigenfalls“, worunter zu verstehen ist, daß die Abweichung von der HGF einzig als ultima ratio in Betracht kommt. Solange eine andere Möglichkeit besteht, hat diese den Vorrang. „Die Abweichung darf niemals den Weg des geringsten Widerstandes bedeuten“⁶⁹⁾.

In Art. 31 Abs. 3 lit. a–e sind die Situationen, in welchen der Bund unter den vorgenannten Voraussetzungen befugt ist, von der HGF abzuweichen, erschöpfend aufgezählt. So unter lit. a: zur Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe, sowie zur Förderung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Selbständig-erwerbenden in solchen Wirtschaftszweigen oder Berufen. Dies bildet die Rechtsgrundlage für den obligatorischen Fähigkeitsausweis, zur Einführung der Bedürfnisklausel usw. für alle wichtigen, in ihrer Existenzgrundlage gefährdeten Wirtschaftszweige oder Berufe.

Die Voraussetzungen „Gesamtinteresse“, „nötigenfalls“, „wichtiger Wirtschaftszweig oder Beruf“, „in Existenzgrundlage gefährdeter Wirtschaftszweig“ bedürfen einer Positivierung durch den Bundesgesetzgeber. Es ist weitgehend eine Frage des freien Ermessens, wann man diese Voraussetzungen als gegeben annehmen will. Dies gefährdet die HGF, und es bleibt nur zu hoffen, daß sich der Bundesgesetzgeber seiner Verantwortung für dieses wichtige Freiheitsrecht des Bürgers immer bewußt bleibt. Die Abgrenzung des Gebietes der Intervention von dem der HGF ist leider nicht eindeutig⁷⁰⁾. Allerdings bringt einen gewissen Schutz der HGF die Bestimmung (Art. 31bis Abs. 4), daß Art. 31bis Abs. 3 lit. a und b nur angewandt werden dürfen, wenn die zu schützenden Wirtschaftszweige oder Berufe diejenigen Selbsthilfemaßnahmen getroffen haben, die ihnen billigerweise zugemutet werden können⁷¹⁾.

⁶⁹⁾ Vgl. Schürmann S. 11.

⁷⁰⁾ Vgl. auch Giacometti, HGF S. 183ff.: „Das Problem der neuen Abgrenzung der HGF — die Hauptfrage, die sich bei der Revision der Wirtschaftsartikel der BV stellte — hat somit keine eindeutige Lösung, sondern nur mehr eine dilatorische Behandlung durch die BV erfahren.... Der Bundesgesetzgeber verfügt daher in weitgehendem Maße über die HGF“.

⁷¹⁾ Es konnte hier nur die Aufgabe sein, die grundsätzliche Tragweite der HGF, soweit sie für das Filmgewerbe von Bedeutung ist, zu skizzieren. Auf

Wir fassen zusammen: Die HGF ist in der Schweiz in erster Linie ein politisches Recht⁷²⁾. Nur die Einsicht, daß politische Freiheit eine wirtschaftliche Freiheit erfordert und umgekehrt, daß wirtschaftliche Aspekte sich politisch auswirken, rechtfertigt die verfassungsmäßige Verankerung der HGF. Der Wirtschaftsliberalismus (als ökonomische Theorie⁷³⁾) formte sich aufs trefflichste in diese politische Idee hinein. Da allgemein dem Menschen wirtschaftliche Interessen näherliegen als politische, so verdrängte die wirtschaftliche Rechtfertigung der HGF bald die politische. Im Laufe der Zeit hat sich aber die klassische freie Konkurrenzwirtschaft überlebt⁷⁴⁾, sie gehört heute der Wirtschaftsgeschichte an. Der Niedergang

weitere, für das Filmgewerbe besonders bedeutungsvolle Details, ist auf den III. Teil der Arbeit zu verweisen.

⁷²⁾ Wäre sie nur der gesetzliche Niederschlag einer ökonomischen Theorie, so wäre die feierliche Gewährleistung als Freiheitsrecht unbegründet. Vgl. Renggli S. 74: „Wenn es lediglich darum gegangen wäre, den Gesetzgeber anzuweisen, einen wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgrundsatz... zu beachten, so würde es eigentlich nicht notwendig gewesen sein, daraus ein dem einzelnen Bürger gewährleitetes... Individualrecht zu kleiden“. In diesem Zusammenhang weist Renggli noch darauf hin, daß diese qualifizierte Form eine Singularität des schw. Staatsrechtes bedeutet, die sich in keiner anderen europäischen Verfassung findet.

⁷³⁾ Vgl. Adam Smith: „Jeder Mensch hat vollkommene Freiheit, sein eigenes Interesse auf seine eigene Weise zu verfolgen...“. In diesem „einfachen System der natürlichen Freiheit hat der Staat nur die Aufgabe der Landesverteidigung, der Rechtsprechung und der Aufrechterhaltung genau bestimmter öffentlicher Einrichtungen“. (Zitiert bei Salin S. 94.) Bezeichnend ist auch der berühmte Ausspruch des französischen Industriellen Legendre, der, als er von Colbert gefragt wurde, was er vom Staate verlange, zur Antwort gab: „Daß er uns in Ruhe läßt“. (Zitiert bei Holer a.a.O.)

⁷⁴⁾ Allerdings haben verschiedene rein ökonomische Argumentationen dieses Prinzipes ihre Bedeutung bis heute behalten (Marktmechanismus, Ricardos Theorie des freien Außenhandels usw.). Dennoch übersieht oder will man häufig übersehen, daß die klassische freie Konkurrenzwirtschaft eine vorübergehende historische Tatsache war. Das Konkurrenzsystem als Leistungsprinzip hörte mit dem Augenblick zu funktionieren auf, als die Wirtschaftenden die Vertragsfreiheit in immer stärkerem Maße dazu benützten, durch privatrechtlichen Zusammenschluß (mit bindenden Preisabmachungen und Kampfmaßnahmen gegen Dissidente) den muhsamen Konkurrenzkampf zu umgehen. Vgl. Botsch des BR zur Revision der Wirtschaftsartikel (1937 S. 17): „Diese Bindungen (nämlich die privatrechtlichen) haben mit der Zeit einen Umfang angenommen, der über das Maß der staatlichen Intervention in der Wirtschaft hinausgehen dürfte“. Die Wirtschaftenden profitierten von der freien Konkurrenz und der von ihr geforderten Vertragsfreiheit, um den freien Wettbewerb zu beseitigen. (Eine Parallele findet sich in manchen Demokratien, beispielsweise Weimarerrepublik, wo die freiheitlichen Institutionen der Demokratie den einen dazu dienten, die Demokratie zu vernichten.) Der seit Beginn dieses Jahrhunderts herrschende Monopolkapitalismus (bei Sombart Spät-

des Wirtschaftsliberalismus ist begründet durch die moderne Wirtschaftsentwicklung, insbesondere durch die fortgeschrittene Industrialisierung und durch die soziale Entwicklung zum „Wohlfahrtsstaat“⁷⁵⁾.

Heute herrscht das Prinzip des freien Wettbewerbes nur noch für diejenigen Zweige der gewerblichen Betätigung, die der Staat nicht der öffentlichen Verwaltung unterstellt oder als Monopol organisiert hat, sofern der Bund diese nicht aus wirtschaftspolitischen Gründen (gestützt auf Art. 31bis Abs. 3) dem freien Wettbewerb entzogen hat. Dadurch besteht die nicht zu unterschätzende Gefahr, daß, da in der Schweiz kein richterlicher Schutz der HGF gegenüber dem Bundesgesetzgeber existiert, dieser in zu extensiver Auslegung seiner Befugnisse die Qualität der HGF ändert⁷⁶⁾.

Damit kommen wir zur nächsten Frage, zum Schutze der HGF.

kapitalismus genannt) hat mit dem klassischen System des Wirtschaftsliberalismus nichts mehr gemein. Er ist in seinen Tendenzen das Gegenteil von liberal. Der Monopolkapitalismus hat seine Stütze in der fortgeschrittenen Industrialisierung mit ihrer modernen Produktionstechnik, welche eine ungeheure Kapitalinvestierung erfordert, die das Aufkommen jeglicher Konkurrenz erschwert.

⁷⁵⁾ Vgl. dazu Saitzew, Interventionismus S. 334ff. Der Marktmechanismus kranke an der fatalen Voraussetzung der Formulierung „auf die Dauer, vernachlässigt die Zwischenzeit und übersieht, daß wir Menschen überhaupt nur in der Zwischenzeit leben und auf die Dauer tot sind“. M.a.W., was nütze es, wenn „auf die Dauer kein arbeitsfähiger Mensch darben muß“, da bei eintretender Arbeitslosigkeit die Löhne und damit die Preise sinken, wodurch wieder die Nachfrage größer wird und die Arbeiter wieder eingestellt werden können, wenn die in der Zwischenzeit dem Elend ausgesetzten Erwerbslosen wenn möglich den liberalen Staat beseitigen, indem sie den auf Planwirtschaft eingerichteten Doktrinen folgen, welche ihnen gleichmäßig Arbeit und Einkommen versprechen. Der liberale Staat ist hier, da in seiner Existenzgrundlage bedroht, zu Interventionen verpflichtet. Bei der heutigen Wirtschaftskonzentration trifft ein Mißerfolg nicht nur den Unternehmer, sondern zu mindestens auch die Arbeitnehmer, wenn nicht noch die Lieferanten, Kunden und evtl. davon abhängige Betriebe. Die Intervention ist somit einzig durch Stützung des bedrohten Unternehmens denkbar. Andererseits kann die Intervention nicht in der „Sozialisierung der Verluste“ bestehen und somit einen „risikolosen Kapitalismus“ formen – nach Saitzew –, „eine *contradictio in adjecto*“, sondern muß schon vorsorgliche Maßnahmen umfassen, d. h. schon bei bedrohlichen Wirtschaftssituationen muß der Staat im Gesamtinteresse intervenieren dürfen.

⁷⁶⁾ Bei wohlabgewogener neoliberaler Auslegung der Befugnisse zur Intervention dagegen kann sogar weitgehend die durch private Machenschaften unterhöhlte HGF und die damit verlorengegangene Unabhängigkeit des einzelnen Bürgers gegenüber privatrechtlichen Organisationen wieder restauriert werden.

3. Der Schutz der HGF

Ein Schutz der HGF ist nur gegenüber Erlassen gegeben, die sich ausschließlich an Gewerbetreibende wenden. Art. 31 BV gewährleistet den Gewerbetreibenden somit kein Sonderrecht, sondern nur die freie Ausübung ihres Gewerbes innerhalb der Schranken der allgemeinen Rechtsordnung. Eine gesetzliche Vorschrift, welche allgemein die Vornahme einer bestimmten Handlung ohne Rücksicht auf deren Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit untersagt, kann, wenn sie sonst zulässig ist, nicht dadurch verfassungswidrig werden, daß sie als Folge auch gewisse Nachteile für die Ausübung dieses oder jenes Gewerbes mit sich bringt⁷⁷⁾. Andererseits kann aber eine Gesetzesvorschrift nicht aus Art. 31 BV angefochten werden, weil dieser eine Tätigkeit unterstellt werde, die keine gewerbliche im Sinne der Verfassungsvorschrift ist. Art. 31 BV gewährleistet nur, daß Handlungen, die sich als Ausübung von Handel und Gewerbe darstellen, keinen anderen Beschränkungen unterworfen werden dürfen, als sie diese Verfassungsnorm zuläßt. Sie hindert dagegen die Kantone nicht, kraft der ihnen zustehenden allgemeinen Polizeigewalt gleichartige Beschränkungen auch für andere Tätigkeiten einzuführen, die an sich keine gewerblichen im Sinne des Art. 31 BV sind⁷⁸⁾.

Grundsätzlich ist der verfassungsmäßige Schutz gegenüber dem Bund und den Kantonen gegeben. Der prozessuale Schutz richtet sich dagegen nur gegen die Kantone, da nach BV Art. 113 Abs. 3 dem Bger keine Überprüfungsbefugnis der von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse zukommt⁷⁹⁾. Es kann argumentiert werden, der Ausschluß des akzessorischen Prüfungsrechtes des Bger finde seine Begründung im Wesen der Referendumsdemokratie, da es gewissermaßen paradox wäre, könnte der Verfassungsgerichtshof die stillschweigend oder ausdrücklich vom Souverän Volk genehmigten Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit prüfen, ist diese Verfassung doch schließlich auch nichts anderes als ein von eben diesem Volke gegebener Normenkomplex. Diese Auffassung findet ihre Wurzeln in der Vorstellung des 19. Jahrhunderts, daß der Staat ein Gesetzgebungsstaat sei, und in der Lehre von der absoluten Volkssouveränität⁸⁰⁾. Demgegenüber ist einzuwenden, daß der Ausschluß des akzessorischen Prüfungsrechtes dem System der starren Verfassung widerspricht, daß zwar Verfassung und Gesetz grundsätzlich aus dem gleichen Volkswillen hervorgehen, aber dennoch nicht auf der gleichen Rechtsstufe stehen. Die besondere Verfassungsform wäre

⁷⁷⁾ BGE 46 I 283.

⁷⁸⁾ BGE 56 I 431.

⁷⁹⁾ OG Art. 84. BGE 40 I 343: „Verfügungen und Erlasse von Bundesbehörden unterliegen der staatsrechtlichen Beschwerde nicht“.

⁸⁰⁾ Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 44ff.

in dem Moment sinnlos, in welchem die Verfassung durch einfache Gesetzgebung abgeändert werden könnte. Außerdem ist es mehr als fraglich, ob das Volk wirklich der gegebene Hüter der Verfassung sei. Besonders prekär wird die Frage in dem Moment, in welchem man sich bewußt ist, daß die Verfassung in erster Linie Organisationsnormen enthält, und daß die Grundrechte und mit ihnen auch die HGF Bestandteil dieser Organisationsnormen sind⁸¹⁾. Somit wäre eine Beseitigung der Freiheitsrechte, indem sich dadurch das Volk indirekt seiner verfassungsmäßigen Gesetzgebungskompetenz berauben würde, gleichbedeutend mit einer Beseitigung eines Organes der Verfassungsgesetzgebung. Nachdem nun aber vernünftigerweise kein Gesetzgeber über seine Kompetenzen selber verfügen kann, somit der Verfassungsgesetzgeber rechtlich sich selber weder ein- noch abzusetzen vermag, wäre eine Beseitigung der Freiheitsrechte, sofern sie Voraussetzung zur freien Ausübung der politischen Rechte bilden, auf rechtlichem Wege gar nicht angängig. Nachdem die HGF, wie schon wiederholt ausgeführt, Voraussetzung des Funktionierens unserer Demokratie bildet⁸²⁾, wäre somit eine Beseitigung der HGF (als politisches Recht) selbst durch Verfassungsrevision ein revolutionärer und kein rechtlicher Vorgang⁸³⁾.

Dieser Ausschluß der akzessorischen Verfassungsgerichtsbarkeit, besonders der Gegensatz zum amerikanischen System, war von jeher Diskussionsgegenstand⁸⁴⁾. Die These vom Siege der demokratischen Idee über die liberale, nach welcher eine Verfassungsgerichtsbarkeit, bei welcher einige wenige Richter über den Volkswillen zu Gericht sitzen⁸⁵⁾, als unpassend erscheint, ist für die Freiheitsrechte unhaltbar. Eine Beschneidung oder im Extremfalle eine Aufhebung von Freiheitsrechten könnte nämlich dem Volke für alle Zukunft die Möglichkeit rauben, seinen Willen zum Ausdruck zu bringen. Der Volkswille⁸⁶⁾ aber ist wandelbar und kann innert

⁸¹⁾ Vgl. oben S. 6.

⁸²⁾ Denn Beherrschung der Wirtschaft ist gleichbedeutend mit Besitz der politischen Macht. Eine von der herrschenden Partei kontrollierte Wirtschaft nimmt dem einzelnen Bürger die Möglichkeit der freien Meinungsäußerung, da der Mensch im allgemeinen lieber auf seine politische Anschauung als auf seinen Arbeitsplatz und Verdienst verzichten wird.

⁸³⁾ Vgl. dazu Giacometti, Staatsrecht S. 446ff., Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 706. Außer der Aufhebung der Freiheitsrechte unterscheidet Giacometti hier noch weitere Normen, deren Abänderung rechtlich unzulässig ist (Auflösung der Eidgenossenschaft, Abänderung der Organisationsnormen usw.).

⁸⁴⁾ Vgl. StenB StR 1913 S. 67ff., Fleiner a.a.O. S. 275ff., Giacometti, Auslegung der BV S. 32f., Nef, Richterlicher Schutz S. 191ff., Schindler, Die Verfassungsgerichtsbarkeit S. 48ff., Grossmann, Die staats- und rechtsideologische Grundlage der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, Zeh. Diss. 1948.

⁸⁵⁾ Grossmann a.a.O.

⁸⁶⁾ Dazu kommt, daß der Volkswille nicht identisch sein muß mit der Summe der Willen aller Einzelnen. Vgl. Rousseau, Contrat social, livre II,

kürzester Zeit wechseln. Das Bundesgesetz von gestern muß nicht unbedingt den Volkswillen von heute ausdrücken. Bei der Bedeutung der Propaganda im modernen Abstimmungskampf muß der im Volksentscheid zum Ausdruck kommende Wille nicht einmal mit dem tatsächlichen Volkswillen übereinstimmen. Deshalb muß dem Volke die Möglichkeit gesichert bleiben, seinen „Scheinwillen“, wie er im Fehlentscheid zum Ausdruck kam, zu korrigieren. Eine Tangierung der Freiheitsrechte kann aber die freie Meinungsäußerung und damit diese Korrektur behindern, ja sogar verunmöglichen. Dadurch wäre das demokratische Prinzip verraten. Diese Gefahr besteht beim Ausschluß des akzessorischen Prüfungsrechtes gegenüber Bundesgesetzen, welche die Freiheitsrechte beschneiden.

In ganz besonders starkem Maße ist aber *die HGF* von Bundesgesetzen beschränkt und bedroht⁸⁷⁾. Dies läßt einen verstärkten Rechtsschutz wünschbar erscheinen, besonders in Anbetracht des steten Kampfes der HGF gegen kommunistische und sozialistische Ideologien, welche eine Demokratie im freiheitlichen Sinne ausschließen. Diese Frage wurde auch bei der Revision der Wirtschaftsartikel in der Bundesversammlung diskutiert⁸⁸⁾. Der verstärkte Rechtsschutz wurde dann aber mit der Begründung abgelehnt, daß das Bger dann nicht nur juristische, sondern in der Hauptsache auch wirtschaftspolitische Fragen zu prüfen hätte, da die Voraussetzungen, die den Bundesgesetzgeber zu Abweichungen von der HGF berechtigen, wirtschaftspolitischer Art seien. Diesem Einwand hält Nef⁸⁹⁾ richtig entgegen, daß die Rechtsprechung es niemals nur mit einer reinen Rechtsfrage zu tun habe. „... In jedem Falle hat es der Richter auch mit einem Sachverhalt zu tun, der an sich niemals ‚rechtlich‘ ist, sondern in allen Fällen irgend einem Tatsachenbereich angehört, in vielen Fällen z. B. dem Tatsachenbereich der Wirtschaft“.

Nachdem oben auf die Gefahr hingewiesen wurde, welche besonders der HGF bei falscher Verfassungsauslegung durch den Bundesgesetzgeber droht, wäre ein richterlicher Schutz unbedingt wünschenswert. Vorläufig richtet sich der Schutz der HGF nur gegen kantonale Hoheitsakte⁹⁰⁾.

Es ist hier kurz noch der formelle Schutz, d. h. Voraussetzung der Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde und das Verfahren zu besprechen.

Die HGF ist sowohl in den meisten Kantonsverfassungen als auch in der BV verankert. Nach dem Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundes-

chap. 3: „Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale“.

⁸⁷⁾ Da in ihr in erster Linie ein wirtschaftliches Prinzip und kein politisches Recht gesehen wird.

⁸⁸⁾ Vgl. StenB NR 1946 S. 69ff. und StR S. 48ff.

⁸⁹⁾ Richterlicher Schutz S. 202ff.

⁹⁰⁾ Insofern ist es auch unkorrekt, vom Bger als Verfassungsgerichtshof zu sprechen.

rechtes ist in erster Linie der Schutz durch die BV maßgebend. Wo die Kantonsverfassung einen weitergehenden Schutz gewährt, kommt ihr eine selbständige Bedeutung zu⁹¹⁾.

Eine Verletzung der BV wird durch staatsrechtliche Beschwerde beim Bger angefochten. Die Legitimation steht Bürgern (Privaten) und Korporationen bezüglich solcher Rechtsverletzungen zu, die sie durch allgemein verbindliche oder sie persönlich treffende Erlasse oder Verfügungen erlitten haben⁹²⁾. Danach genügt die Beeinträchtigung in bloß tatsächlichen (wirtschaftlichen oder ideellen) Interessen nicht. Ebensowenig kann die staatsrechtliche Beschwerde zur Wahrung öffentlicher Interessen erhoben werden. Nach neuester Praxis⁹³⁾ sind auch die Berufs-(Gewerbe-)Genossen nicht mehr legitimiert, die angeblich verfassungswidrige Erteilung der polizeilichen Bewilligung zur Ausübung eines bestimmten Berufes (Gewerbes) anzufechten. Bis 1946 zuerkannte das Bger bei Berufen (Gewerben), die nur auf Grund einer polizeilichen Bewilligung ausgeübt werden dürfen, den Berufs-(Gewerbe-)Genossen die Befugnis zur Beschwerdeführung gegen angeblich verfassungswidrige Erteilung einer solchen Bewilligung. Von dieser Praxis mußte abgegangen werden, denn kantonale Verfügungen, welche die freie Gewerbeausübung einschränken, sind ja nur aus polizeilichen Gründen zulässig, um Gefahren entgegenzutreten, die sich aus der schrankenlosen Freiheit gewerblicher Betätigung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit, Ruhe, Sittlichkeit, Gesundheit ergeben. Aber gerade zur Wahrung solcher öffentlicher oder bloß tatsächlicher Interessen ist die staatsrechtliche Beschwerde nicht gegeben. Es fehlt daher in den früheren Urteilen eine stichhaltige Begründung dafür, wieso durch die gesetzwidrige Erteilung der Berufsbewilligung an einen Dritten in die Rechtslage der Berufsgenossen eingegriffen werde. Ungenügend ist das tatsächliche Interesse derjenigen, welche ihren Beruf rechtmäßig ausüben, in ihren Kreis niemand aufgenommen zu sehen, der die gesetzlichen Erfordernisse nicht erfüllt. Fehl geht die Begründung, die rechtmäßigen Inhaber des Patentbesitzes würden durch die gesetzwidrige Zulassung eines Dritten ebenso betroffen, wie wenn ihnen selbst die Berufsbewilligung unbegründeterweise verweigert worden wäre. Hier führt das Bger wörtlich aus⁹⁴⁾: „Die bisherige Praxis widerspricht danach der sonstigen Rechtsprechung, die seit langem, im Einklang mit der gesetzlichen Umschreibung des Beschwerderechtes, immer an den Erfordernissen eines Eingriffes in die persönliche Rechtsstellung des Beschwerdeführers, in seine rechtlich geschützten und nicht nur in tatsächlichen Interessen als Voraussetzung für die Legitimation zur Beschwerde

⁹¹⁾ So unterstehen z. B. im Kt. Bern die Filme der Pressefreiheit.

⁹²⁾ OG Art. 88, Grüninger, OG S. 96. Vgl. für das Verhältnis der HGF in BV und Kantonsverfassungen insbesondere Marti S. 35ff.

⁹³⁾ BGE 72 I 20, 72 I 34.

⁹⁴⁾ BGE 72 I 34.

festgehalten hat. Insbesondere läßt sie sich nicht vereinbaren mit den Urteilen, die Beschwerden gegen die angeblich rechtswidrigen Begünstigung eines Dritten auf anderen Gebieten betreffen, wie die Anfechtung des einem Dritten eingeräumten Steuerprivilegs oder einer baupolizeilichen Bewilligung, die angeblich entgegen bestehenden öffentlich-rechtlichen Bauhindernissen erteilt worden ist⁹⁵⁾.

Das formelle Verfahren richtet sich nach dem BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dez. 1943⁹⁶⁾. Voraussetzung der staatsrechtlichen Beschwerde ist eine Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges⁹⁷⁾. Auf die Einzelheiten des Verfahrens⁹⁸⁾ kann hier nicht näher eingegangen werden.

4. HGF und Privatrecht

Die HGF will den einzelnen Bürgern die Möglichkeit einräumen, frei, d. h. unabhängig zu wirtschaften. Sie fordert freie Berufswahl bei freiem Leistungswettbewerb. Diese wirtschaftliche Betätigung des Einzelnen muß auf privatrechtlichen Rechtsgeschäften beruhen. Es muß dem Einzelnen freigestellt sein, mit wem er Rechtsgeschäfte beliebigen Inhaltes abschließen will. M.a.W. erfordert die HGF, um sich auswirken zu können, eine Vertragsfreiheit. Diese Beziehungen der Privatpersonen unter sich fallen insofern nicht unter die HGF, als sie nicht durch staatsrechtliche Beschwerde angefochten werden können. Ob von Privaten durch Verträge gegenüber anderen Privaten übernommene Beschränkungen der Erwerbstätigkeit zu-

⁹⁵⁾ Anders wäre zu urteilen bei Beschränkungen, die nicht aus polizeilichen, sondern aus wirtschaftspolitischen Gründen zum Schutze bestimmter Gewerbe erlassen wurden. Hier dürfte den Berufsgenossen die Klagelegitimation nicht verweigert werden.

⁹⁶⁾ OG Art. 84ff.

⁹⁷⁾ OG Art. 86 Abs. 2.

⁹⁸⁾ Die Einlegefrist (OG 89) beträgt 30 Tage (Notfrist keine Erstreckung). Sie beginnt bei einer generellen Norm mit dem Zeitpunkt der amtlichen Publikation, bei einer individuellen Norm mit der Abgabe des Schriftstückes in der Wohnung des Adressaten oder in sein Postfach.

Die Beschwerdeschrift (OG Art. 90) setzt sich zusammen aus: Beschwerdeerklärung, Beschwerdeantrag und Beschwerdebegründung. Der Richter darf nicht über das Begehren hinausgehen. Das Begehren darf, gemäß der kassatorischen Natur des Rekurses nur auf Aufhebung des Entscheides gerichtet sein (keine sachliche Entscheidung). Die Rekursbegründung muß eingehend sein, da Einwände, die nicht in der Rekurschrift enthalten sind, vom Bger nicht überprüft werden können. Die Kosten der staatsrechtlichen Beschwerde regeln sich nach OG Art. 150, 153 u. 156. Bis zum 1. Januar 1945, d. h. bis zum Inkrafttreten des neuen BG über die Organisation der Bundesrechtspflege herrschte das Prinzip der Unentgeltlichkeit.

lässig sind oder nicht, beurteilt sich nur nach dem Privatrecht⁹⁹). Das Privatrecht seinerseits aber muß sich im Rahmen der HGF halten. Art. 64 BV räumt dem Bund nur die Kompetenz ein, auf dem Gebiet des Zivilrechts zu legislieren. Vernünftigerweise muß sich die Kodifikation im Rahmen der übrigen Verfassungsartikel halten, d. h. es dürfen dadurch nicht andere wohlerworbene, verfassungsmäßige Rechte des Bürgers¹⁰⁰) verletzt werden. Der Inhalt der HGF muß also grundsätzlich auch im Privatrecht enthalten sein¹⁰¹). So ist der Rechtsinhalt des Art. 31 BV im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 28 ZGB mitinbegriffen. Auch nach der privatrechtlichen Auffassung des sog. Persönlichkeitsrechtes soll einem Menschen die Freiheit der Berufswahl, der Geschäftstätigkeit und der übrigen wirtschaftlichen Verrichtungen möglichst gewährleistet und nur soweit eingeschränkt werden, als dazu ein in seiner Person oder im öffentlichen Interesse liegender Grund vorliegt. Wie die HGF dem Einzelnen die Befugnis gibt, vom Staate zu verlangen, daß er sich jedes ungerechtfertigten Eingriffes zur Behinderung der freien Konkurrenz enthalte, so gibt das Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen die Befugnis, von den Mitmenschen zu verlangen, daß sie sich jedes unbefugten Eingriffes auf seine freie wirtschaftliche Betätigung enthalten. Die Auffassung über den Wert und das Recht der Persönlichkeit ist im Staatsrecht grundsätzlich keine andere als im Privatrecht. Das Persönlichkeitsrecht basiert auf der Freiheit des

⁹⁹) Vgl. Burckhardt, Kommentar S. 225. Vgl. z. B. das Konkurrenzverbot OR 356.60, die Konventionalstrafe OR 160, Wucherverbot OR 21. Vgl. eine umfassende Aufzählung der juristischen Schranken der Vertragsfreiheit bei Oftinger, Vertragsfreiheit S. 324ff.

¹⁰⁰) So z. B. die Rechtsgleichheit, die politischen Rechte oder eben die HGF. Mit der Kompetenzübertragung in Art. 64 BV von den Kantonen an den Bund fand keine Kompetenzerweiterung statt, da diese ausdrücklich in der Verfassung statuiert sein müßte (vgl. Giacometti, Auslegung S. 25ff.). Leider hatte der BR beim kantonalen Privatrecht verweigert, diese Übereinstimmung mit der HGF zu überprüfen (vgl. Burckhardt, Kommentar S. 226-227), obwohl dies unbedingt in seinen Aufgabenkreis gefallen wäre. Dies ist besonders zu bedauern, da heute eine solche Überprüfung gegenüber dem Bundesgesetzgeber ausgeschlossen ist. Diese Überprüfung wäre geeignet gewesen, die Frage nach der Begrenzung der Privatrechtsordnung durch die HGF zu beantworten.

Zur Zeit des kant. Privatrechtes (vor 1912) war noch der BR für staatsrechtliche Beschwerden aus Art. 31 BV zuständig. Diese Kompetenz ging erst durch Novelle vom 6. Okt. 1911 (AS XXVIII, 45) an das Bger über. Begründet war dieser Übergang damit, daß eine bundesrätliche Praxis von 35 Jahren „den Verfassungsgrundsätzen, die anfänglich dem Richter keinen sicheren Boden zu geben schienen, feste Umrisse verliehen“ hätten. Ein weiterer Grund war auch die zu große Belastung des BR. Vgl. BB1 1911 III 64.

¹⁰¹) Eingehend behandelt dieses Problem E. Homburger, Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen HGF und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung, Zeh. Diss. 1948.

Handels und der Gewerbe, ohne welche eine freie wirtschaftliche Tätigkeit nicht denkbar wäre.

Der Privatgesetzgeber kann die Privatautonomie nur soweit gewährleisten, als sie mit der HGF im Einklang steht. Jeder geordnete wirtschaftliche Verkehr (wie übrigens jedes Zusammenleben von Menschen) auferlegt Beschränkungen der persönlichen Freiheit. Dadurch kann die freie wirtschaftliche Betätigung des Privatrechtes, trotz dem indirekten Schutze durch die HGF, keine unbegrenzte sein. Beispielsweise sind einmal abgeschlossene Verträge mit einem Rechtszwang ausgestattet. Ferner, da die Positionen der Wirtschaftenden nicht unbedingt gleich stark sind, kann der eine zu einem weniger günstigen Vertragsabschluß gezwungen sein als der andere. In diesem Sinne entspricht der Inhalt des Vertrages nicht seinem freien Willen. Die freie wirtschaftliche Betätigung des einen kann sogar die freie wirtschaftliche Betätigung des anderen verunmöglichen oder zu mindestens erschweren. Es liegt die Gefahr nahe, daß bei einer Überbetonung des Persönlichkeitsrechtes, d. h. bei einem zu großen Schutz des Einzelnen, dieser Schutz nur auf Kosten der Freiheit der anderen gewährt werden kann. Wir haben hier die Problematik der richtigen Abgrenzung der zu gewährenden Privatautonomie¹⁰²⁾.

Die Privatautonomie äußert sich in der Vertragsfreiheit, welche besteht in der Freiheit der Vertragsabschlüsse, in der Freiheit der Wahl der Vertragspartner und in der Freiheit der Gestaltung des Vertragsinhaltes¹⁰³⁾. Daraus ergibt sich auch ein Koalitionsrecht, d. h. das Recht zu wirtschaftlichen Zusammenschlüssen, zur kollektiven Wahrnehmung des wirtschaftlichen Interesses¹⁰⁴⁾. Es kam durch die Anerkennung der Privatautonomie oder besser durch die Gewährung einer zu weitgehenden Privatautonomie zu der genugsam bekannten Erscheinung, daß die HGF durch die bestehende privatrechtliche Wirtschaftsordnung weitgehend illusorisch gemacht wurde. Dabei ist das Paradoxe, daß diese private Wirtschaftsordnung, die mit staatlicher Zwangsgewalt ausgestattet ist (*pacta sunt servanda!*), unter dem Schutze der HGF die HGF beseitigte, daß der Staat einerseits die Vertragsfreiheit gewährt, andererseits aber Verträge der Wirt-

¹⁰²⁾ Vgl. Homburger S. 66: „Bei der Untersuchung des Verhältnisses zwischen Autonomie und freier Konkurrenz gibt es nicht nur eine externe Problematik im Sinne der Abgrenzung gegenüber heteronomistischen Wirtschaftssystemen, sondern auch eine interne Problematik im Sinne der richtigen Dosierung der Privatautonomie.“

¹⁰³⁾ Vgl. Bindschedler S. 292 ff. Oftinger, Vertragsfreiheit S. 316, unterscheidet noch die Freiheit zur Vertragsaufhebung, oder nach Homburger S. 32, in der Freiheit die Beziehungen zu anderen Wirtschaftssubjekten nach eigenem Gutdünken zu gestalten.

¹⁰⁴⁾ Diese Interessenwahrnehmung wird sich namentlich in bindenden Preisvereinbarungen und Ausschluß und Bekämpfung unliebsamer Konkurrenz durch Boykottvereinbarungen äußern.

schaftssubjekte schützt, welche die Vertragsfreiheit zu beseitigen bezwecken¹⁰⁵⁾.

Diese Entwicklung, wie sie durch die Assoziationsfreiheit gekennzeichnet ist, widerspricht der Theorie des Wirtschaftsliberalismus, da sie gerade die freie Konkurrenz, die *conditio sine qua non* des Wirtschaftsliberalismus, ausschalten will. Die Bildung überragender Wirtschaftsorganisationen (Trusts, Kartelle und Verbände) stempeln den Art. 31 zur reinen Farce. Ob die Freiheit des Einzelnen durch den Staat oder durch Wirtschaftsorganisationen gefährdet ist, spielt faktisch keine Rolle und sollte deshalb auch juristisch irrelevant sein. Im Ausland wurden teilweise schon früh Organisationen, namentlich Trusts und Kartelle, welche die freie Konkurrenz auszuschalten bezwecken, verboten¹⁰⁶⁾.

In der Schweiz wurde eine eindeutige verfassungsmäßige Grundlage zu einer Kartellgesetzgebung erst in der Verfassungsrevision von 1947 geschaffen. Art. 31bis Abs. 3 lit. d räumt dem Bund die Befugnis ein, nötigenfalls im Gesamtinteresse in Abweichung von der HGF, Vorschriften zu erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen. Hier muß auf einen Widerspruch hingewiesen werden. In der Botschaft zur Revision der Wirtschaftsartikel¹⁰⁷⁾ weist der Bundesrat auf die faktische Beeinträchtigung des freien Wettbewerbes durch privatrechtliche Wirtschaftsorganisationen mit weitgehendem Monopolcharakter hin. Eine andere Erscheinungsform aber als die freie Konkurrenz ist für die HGF sowohl im ökonomischen wie im politischen Sinne wohl kaum denkbar¹⁰⁸⁾. Die freie Konkurrenz ist nicht bloß

¹⁰⁵⁾ Vgl. Botsch d. BR betr. Revision der WA 1937 S. 17: „Unser ganzes Wirtschaftsleben ist von privatrechtlich organisierten Gebilden durchsetzt, die mit den Mitteln des Privatrechtes versuchen, die wirtschaftlichen Verhältnisse in ihrem Bereich zu ordnen“.

¹⁰⁶⁾ Vgl. Lammers, Kartellgesetzgebung des Auslandes. Bericht an den Völkerbund für die internationale Wirtschaftskonferenz 1927, Berlin 1927, S. 21. Lehnich, Kartelle und Staat unter Berücksichtigung der Gesetzgebung des In- und Auslandes, Berlin 1928. Feldmann, Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur HGF S. 69ff.

¹⁰⁷⁾ Botsch des BR 1937 S. 6/7.

¹⁰⁸⁾ Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 283 Anm. 18, kritisiert die Unterscheidung von politischer und ökonomischer HGF. Mir scheint eine Unterscheidung dennoch zweckmäßig, obwohl das Kriterium des freien Wettbewerbes beiden gemeinsam ist. Bei der HGF im politischen Sinne liegt das Hauptgewicht auf der Unabhängigkeit des Bürgers. Der Staat ist zu Interventionen verpflichtet, wenn die Unabhängigkeit bedroht erscheint. Diese Bedrohung kann auch von privatrechtlichen Organisationen hervorgerufen sein oder in Wirtschaftskrisen usw. ihre Ursache finden. Die ökonomische Begründung der HGF hingegen liegt in der Erzielung eines Wirtschaftsmaximums. Dieses Maximum wird bei den modernen Produktionsmethoden aber nur im Leistungswettbewerb einiger weniger Großunternehmen und auf Kosten der wirtschaftlichen (und mög-

Folge, sondern Voraussetzung der HGF. Maßnahmen gegen Kartelle und ähnliche Organisationen wären gerade zum Schutze der HGF und somit ohne Abweichung von der HGF schon früher möglich, ja sogar erforderlich gewesen. Sie wirken nicht systemwidrig, sondern gegenteils systemwährend. Die gegenteilige Auffassung des Verfassungsgesetzgebers ist schwer verständlich und erklärt sich höchstens aus der historischen Gegebenheit, daß die HGF ursprünglich nur vom Staate bedroht schien¹⁰⁹⁾.

Auch die neuen Wirtschaftsartikel schützen weder die freie Konkurrenz noch die Vertragsfreiheit. Kartelle und ähnliche Organisationen sind nicht an und für sich verboten, da dem Konkurrenzsystem feindlich, sondern nur insofern sie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen. Dies ist ein Zeichen dafür, daß die höchste Volkswohlfahrt nicht mehr in der freien Konkurrenz gesehen wird, sonst wäre der ausdrückliche Vorbehalt der schädlichen Auswirkungen hinfällig. Die Botschaft des BR zur Revision der Wirtschaftsartikel hebt im Gegenteil die Bedeutung der Kartelle als legitime Koordinationsversuche und Ordnungselement der Wirtschaft hervor. Mit anderen Worten räumt die Verfassung den Wirtschaftssubjekten die HGF nicht nur im Sinne der Konkurrenztheorie ein, sondern gestattet ihnen auch die Übernahme organisatorischer, wirtschaftsordnender und wirtschaftspolitischer Funktionen. Die privatrechtlichen Organisationen können — gleichsam als Staat im Staate — interventionistisch tätig sein. Die Interventionen müssen dabei gewissermaßen im öffentlichen Interesse liegen, um nicht andernfalls volkswirtschaftlich oder sozial schädlich zu sein und der Verbotsnorm des Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV zu unterstehen. Diese Regelung des freien Wettbewerbes durch privatrechtliche Organisationen im Gesamtinteresse ist das Interessante an der heutigen Entwicklung.

licherweise der politischen) Unabhängigkeit der übrigen erzielt werden können. Man muß sich bewußt sein, daß der Wirtschaftsliberalismus eine ökonomische Theorie mit durchaus materiellem Einschlag verkörpert.

¹⁰⁹⁾ Vgl. dazu Renggli S. 89: „... muß man sich wirklich fragen, ob die Auslegung, welche die schweizerische Judikatur und Doktrin dem Art. 31 BV gegeben hat, nicht zu überprüfen sei. Sie ist verständlich aus der wirtschaftspolitischen Einstellung der zweiten Hälfte des 19. Jh., sie sollte aber heute revidiert werden, durch Loslösung vom Gedanken des uneingeschränkten Wettbewerbes und des höchsten Gesamtertrages, und durch vermehrte Herbeiziehung des ursprünglichen Zweckes der Freiheitsrechte: der Wahrung der Unabhängigkeit der Mehrzahl der Staatsbürger“. Dieser Ansicht kann man um so mehr beipflichten, als die heutige Entwicklung nicht einmal dem Gedanken des uneingeschränkten Wettbewerbes im Sinne der klassischen ökonomischen Theorie entspricht. Die Zusammenschlüsse richten sich ja verständlicherweise nicht gegen Unternehmen, welche teurer und schlechter produzieren. Mit Boykott und ähnlichen Schikanen werden nur Unternehmen bekämpft, welche billiger und besser produzieren, also leistungsfähiger sind. Die Preisfestsetzungen usw. bezwecken den Ausschluß des Leistungswettbewerbes.

Sie bedarf wegen ihrer speziellen Bedeutung für das Filmgewerbe noch einer näheren allgemeinen Ausführung.

5. Die HGF und die privatrechtlichen Wirtschaftsorganisationen

Es wurde ausgeführt, daß der Staat den privatrechtlichen Organisationen einen Teil seiner Aufgaben überläßt. Es muß hier diese Behauptung zuerst auf ihre Richtigkeit geprüft und gleichzeitig die Gefahren aufgezeigt werden, welche damit verbunden sind. Denn eine Interessengruppe wird schließlich immer ihre Interessen und nicht das Gemeinwohl im Auge haben. Die Argumentation, daß das Interesse eines Wirtschaftszweiges identisch sei mit dem Gesamtinteresse, da das Gesamtwohl sich zusammensetze aus der Summe der Prosperität aller Wirtschaftszweige, hinkt an der Erfahrungstatsache, daß der Vorteil einer Wirtschaftsgruppe immer den Nachteil einer andern bedingt. Die Stützung eines Wirtschaftszweiges durch Intervention kann nur auf Kosten eines anderen Wirtschaftszweiges geschehen¹¹⁰⁾.

Dabei beschränkt sich diese Betrachtung auf die Berufsverbände, da sie für das Filmgewerbe in erster Linie von Bedeutung sind. Das Verhältnis zur HGF ist aber auch für die übrigen Wirtschaftsorganisationen, insbesondere für die Kartelle, ein ähnliches. Die Verwandtschaft zwischen Berufsverbänden und Kartellen ist augenscheinlich, und die Berufsverbände wurden denn auch schon weitgehend zu den Kartellen eingereiht¹¹¹⁾. Für die Untersuchung, inwieweit der Gedanke der HGF der Bildung von Korporationen widerspreche, ist eine Unterscheidung dieser verschiedenen Arten der Zusammenschlüsse bedeutungslos. Wir definieren allgemein unter Verband den Zusammenschluß von Wirtschaftssubjekten zur Erreichung eines bestimmten Zweckes¹¹²⁾.

¹¹⁰⁾ Vgl. dazu Saitzew, Interventionismus S. 341: „Alle gleichzeitig und gleichmäßig schützen und fördern wollen, heißt alle privilegieren wollen, was offenbar unmöglich ist: ein elementarer Denkfehler.“ Intervention bedeutet: „Privilegierung oder Absurdität“ (Röpke). Vgl. auch Röpke, Gesellschaftskrisis der Gegenwart.

¹¹¹⁾ Vgl. Feldmann S. 19, Schülein S. 6ff.: „Kartelle sind solche Unternehmen und Berufsverbände, welche die Hebung und Förderung der wirtschaftlichen Lage ihrer Mitglieder bezwecken“.

¹¹²⁾ Zur Definition der Kartelle vgl. Graner, Kartelle, in Jurist, Kartothek N. 214, Marbach, HwB der Volkswirtschaft Bd. II S. 17. Über die verschiedenen Formen der Kartelle vgl. Feldmann S. 24ff. Er unterscheidet zwischen: Produktionskartelle, Gebietskartelle, Preiskartelle, Verkaufskartelle, Gewinnverteilungskartelle und Fertigungskartelle. Für die Unterscheidung zwischen Kartellen und Berufsverbänden vgl. Feldmann S. 19ff.: „Der Unterschied . . . liegt nicht im Endzweck, sondern im Sonderzweck und den zur Erreichung des Endzweckes angewendeten Mitteln. Der Berufsverband richtet seine Tätigkeit in

Häufig wird der Einwand erhoben, daß die heutige Wirtschaftsstruktur „keine Ausschaltung der Konkurrenz, sondern nur eine andere Form, und zwar dem Wesen nach eine zweckmäßigere Form für die Austragung der Konkurrenzkämpfe“ bedeute¹¹³⁾. Dieser Konkurrenzbegriff widerspricht aber unserem, welcher seine Wertung in der ihm zugrunde liegenden Bedeutung für die individuelle Freiheit, wie sie historisch sich im Kampf gegen das Zunftsystem manifestierte, erlangte. Ein „organisierter Konkurrenzkampf“ widerspricht aber auch dem klassischen ökonomischen Konkurrenzprinzip. Dennoch besitzt diese privatrechtliche Durchorganisation der Wirtschaft eine Ordnungsfunktion, die ihr z. T. einen positiven Wert verleiht, d. h. sie vor der Rechtsordnung als schutzwürdig darstellt¹¹⁴⁾. Eine Trennung aber von Wirtschaftsleben und Rechtsleben¹¹⁵⁾ ist nicht möglich. Der Staat kann seine Ordnungsaufgabe nicht den Privaten überlassen, doch begnügt er sich mit der Kontrolle des privaten Wirtschaftsmechanismus. Diese Anerkennung der privatwirtschaftlichen Organisationen und ihrer Ordnungsfunktion, wie sie vor allem in der Stellungnahme gegenüber den Berufsverbänden zum Ausdruck kommt¹¹⁶⁾, ermöglicht dem

erster Linie auf die berufliche Förderung und Ausbildung seiner Mitglieder und die Regelung der Arbeitsverhältnisse; er stellt bei seiner Tätigkeit im wesentlichen ab auf die persönlichen Momente von Treu und Glauben und der Solidarität unter den Mitgliedern. Das Kartell greift innerhalb des Rahmens der allgemeinen Bestrebungen, die auf eine wirtschaftliche Hebung und Förderung eines bestimmten Erwerbszweiges gerichtet sind, ein Sondergebiet heraus und erstrebt die Regelung... mit dem wesentlich schärferen Mittel des Organisationszwanges. Zweifellos kann ein Berufsverband sich zum Kartell entwickeln und auswachsen, aber erst dann ist ein Berufsverband als Kartell zu bezeichnen, wenn er sich die typischen Kampfmittel des Kartells zu eigen macht, d. h. die freie Konkurrenz unter seinen Verbandsangehörigen regelrecht ausschaltet“. (Dieses Unterscheidungsmerkmal erlaubt, die filmwirtschaftlichen Verbände unter die Kartelle einzureihen.)

¹¹³⁾ Vgl. Weber, Ende des Kapitalismus S. 40.

¹¹⁴⁾ Die Frage, ob der freie Wettbewerb oder der organisierte vorzuziehen sei, muß als wirtschaftspolitisch offen bleiben. Es besteht die Gefahr, daß bei den heutigen Kapital erheischenden Produktionsmethoden auch beim freien Wettbewerb nur die Größe der Kapitalkonzentration maßgebend ist. Andererseits scheint es möglich, daß bei organisierter Konkurrenz (mit Preisvereinbarungen) der Konkurrenzkampf sich von der Ebene der Preise auf die Ebene der Qualität verschiebt. (Dies soll z. B. im Zementwesen tatsächlich der Fall sein.)

¹¹⁵⁾ Die anthroposophische Dreigliederungslehre Steiners, welche das Wirtschaftsleben vom Rechtsleben trennen will, berücksichtigt nicht, daß die Wirtschaftsorganisationen und deren Vereinbarungen letzten Endes von der staatlichen Gewalt-Durchsetzung abhängig sind. Vgl. Burckhardt, Korporationstaat S. 105: „Das Recht ist die Form der Wirtschaft. Jede Rechtsordnung hat ihre Wirtschaft, und jede Wirtschaft ist die Wirtschaft einer Rechtsordnung“.

¹¹⁶⁾ Vgl. Botschaft des BR 1937 S. 17ff. u. 64ff., 1945 S. 10ff., BV Art. 32 Abs. 3 u. a.

Staate eine weitgehende Überwachung der Wirtschaft. Primär beschränkt zwar nicht der Staat, sondern die privatwirtschaftlichen Organisationen die freie Konkurrenz, aber diese privaten Interventionen müssen — und dies kontrolliert der Staat — dem Gesamtwohl entsprechen. Tatsächlich ist es aber für den Einzelnen bedeutungslos, ob die HGF durch den Staat oder vermittels der Verbände eingeschränkt wird. Es müßte dem Individuum der gleiche Schutz gegen die Verbände gegeben sein, wie wenn der Staat direkt intervenieren würde. Konsequenterweise ist es nicht angängig, daß man einerseits dem Verbande die Wahrnehmung öffentlicher Interessen zutraut, ihm eine seiner Größe als Organisation entsprechende Geltung einräumt, anderseits aber dem Individuum gegen ihn nur den Schutz des Privatrechtes gewährt, als ob ein Verband nicht ganz andere Machtmittel besitzt als der Private.

Organisation, Ordnung und Regulierung der Wirtschaft ist heute weitgehend den Korporationen überlassen. Die Aufgabe des Staates ist hierbei gemäß der Botschaft des BR¹¹⁷⁾ eine doppelte. „Einerseits muß er den Einzelnen schützen gegen Willkür und Übergriffe der Verbände in seine Rechtssphäre, und anderseits muß er die Verbände in der Erfüllung ihrer selbstgewählten Ordnungsaufgaben, soweit er diese billigt, unterstützen“. Es tritt deutlich die Tendenz zur Delegation öffentlich-rechtlicher Aufgaben an die Verbände zutage. Diese Übertragung öffentlicher Funktionen an Verbände geschah in besonders hohem Maße im Interesse der Kriegswirtschaft¹¹⁸⁾. Die verbandlich durchorganisierte Wirtschaft ermöglichte dem Staate die Improvisation der durch den Kriegsausbruch gestellten schweren Wirtschaftsaufgaben¹¹⁹⁾.

Die verbandlich durchorganisierte Wirtschaft zeitigt mancherlei Gefahren, nicht zuletzt die, daß sie nur zu einem Kompromiß auf dem Wege zur Staatswirtschaft werden kann¹¹⁶⁾. Eine weitere Gefahr ist die, welche

¹¹⁷⁾ Botsch 1937 S. 17.

¹¹⁸⁾ Vgl. dazu Lautner, System des schw. Kriegswirtschaftsrechtes, I. Teil S. 215ff. Vgl. auch BBJ 1937 II S. 897: „...ein wohlorganisiertes Zusammenspiel von Staat und Verbänden (ist) von großer Bedeutung für die wirtschaftliche Kriegsvorbereitung. Die Kriegswirtschaft wird sich in hohem Maße auf die Mitwirkung der Verbände stützen müssen, und es kann deshalb nur von Vorteil sein, wenn dieses Zusammenspiel schon in Friedenszeiten funktioniert und ausgebaut wird“.

¹¹⁹⁾ Oftinger, Vertragsfreiheit S. 331, weist auf die Gefahren dieser Wirtschaftsorganisation hin: „...gewiß ist indessen, daß sie (die verbandlich durchorganisierte Wirtschaft) dem Staat, wenn er sich einmal unfreiheitlichen Zielen verschreiben sollte, den Weg ungemein verkürzte; das Beispiel anderer Länder sollte eine Warnung bilden.“ Dort ist auch Böhm, Kartellauflösung, zitiert: „...die überaus starke Kartell- und Konzernentwicklung in der deutschen Wirtschaft haben es dem Nationalsozialismus ganz außerordentlich erleichtert, die gesamte deutsche Wirtschaft... in die Gewalt zu bekommen...“.

treffend im wohlbekannten Schlagwort der „Verwirtschaftlichung der Politik“ zum Ausdruck kommt. Es ist ja eine heute fast allgemein anerkannte Tatsache, daß die Rolle der historischen Parteien sich im Wahlakt erschöpft, und daß die Volksabstimmungen über Gesetze häufig nicht den Parteiempfehlungen gemäß ablaufen. Dies zeitigt zwei Folgen:

1. Die Regierungskreise im allgemeinen und vor allem die Bundesbehörden fangen an, den Volksentscheid zu scheuen. Es kommt auf dieser Weise zur „Vertrauenskrise gegenüber der Referendumsdemokratie“ und zur leider wohlbekannten, verfassungswidrigen Dringlichkeitspraxis¹²⁰⁾. Das Malaise über diese „parlamentarische Diktatur“ führte zum Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie. Dieses bewirkte (in der Volksabstimmung vom 11. Sept. 1949) die Ersetzung von Art. 89, Abs. 3 BV durch den Art. 89 bis¹²¹⁾.

2. Die Exekutivbehörde ist genötigt, um nicht vom Volke dauernd desavouiert zu werden, sich immer mehr der Wirtschaftsverbände zu bedienen. Die Gesetzeskommissionen unterliegen vollkommen dem Einfluß der Verbände, deren Befürwortung oder Ablehnung das Schicksal der Gesetze entscheidet. Mit dieser Verwirtschaftlichung der Politik ist die anfangs des Kapitels aufgezeigte Gefahr verbunden, daß nicht mehr die Gesamtinteressen des Volkes, sondern Sonderinteressen einer Wirtschaftsgruppe, eines Standes vertreten werden. Die Einheit des Landes und seine demokratischen Institutionen erscheinen gefährdet¹²²⁾.

Betrachtet man das Ziel der Wirtschaftsorganisationen: eine Wirt-

¹²⁰⁾ Vgl. Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, S. 56, führt dazu aus, daß nach historischer und sinngemäßer Interpretation unter „dringlich“ nur eine zeitliche Dringlichkeit verstanden werden kann, denn materiell wird ja jedes Bundesgesetz, nach der Meinung des Gesetzgebers, dringlich sein. Dennoch gibt es Notverordnungen, die seit Jahrzehnten in Kraft stehen! „Auf diese Weise wird das Notrecht intra constitutionem im Sinne des Art. 89 BV durch die Praxis ad absurdum geführt“. Damit wird aber der Bestand und das Ansehen der Eidgenossenschaft als Demokratie untergraben.

¹²¹⁾ Vgl. Marti, Dringlichkeit und Notrecht, SA aus ZSR 1950 Heft 2.

¹²²⁾ Als Reaktion gegen diese Gefährdung ist der 1947 für Westdeutschland von Böhme entworfene Monopol-Gesetzesentwurf zu nennen. Dieser sieht hohe Bußen und Gefängnisstrafen für zahlreiche neue wirtschaftliche Straftatbestände wie: wirtschaftliche Machtanmaßung, Mächterschleichung, Machtverschleierung, marktwirtschaftliche Nötigung usw. vor. Eine ähnliche Tendenz hatte sich seinerzeit in der Schweiz bemerkbar gemacht. Der Art. 161 des Vorentwurfes zum schw. StGB (vgl. Protokoll der Expertenkommission 1896 II 47 ff.) lautete: „Wer jemanden an der Ausübung eines ihm von der BV gewährleisteten Freiheitsrechtes, besonders ... der HGF, durch Gewalt oder Drohung hindert oder ihm den Genuß eines solchen Freiheitsrechtes böswillig schmälert oder unmöglich macht, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu Fr. 5000.— bestraft“. Dieser Entwurf hat heute wieder *höchste Aktualität* erlangt.

schaftsgesetzgebung (im Sinne einer Wirtschaftsordnung) durch die Verbände zu schaffen¹²³⁾, so kann man mit Berechtigung mit Fehr von der „Auferstehung des Mittelalters im modernen Recht“¹²⁴⁾ sprechen¹²⁵⁾.

Das Postulat der Selbstverwaltung des Wirtschaftslebens durch die wirtschaftlichen Organisationen ist gleichbedeutend mit der Aufhebung der HGF, solange sich diese Organisationen nicht an den Grundsatz der HGF halten müssen. Würden sie sich aber auf Aufgaben im Rahmen der HGF beschränken, wie da sind: Förderung der beruflichen Ausbildung, Abschluß von Kollektivversicherungen u. ä., so wäre das Postulat der Selbstverwaltung der Wirtschaft überflüssig. Die Verbände sehen ja in der Hauptsache ihre Aufgabe gerade darin, bindende Vereinbarungen über Preise, Berufszulassung (oft nach Maßgabe des Bedürfnisses: Filmgewerbe, Uhrenindustrie) und ähnliche, die HGF ausschaltenden Maßnahmen zu treffen. Diese Selbstverwaltung des Wirtschaftslebens ist ohne einen gewissen faktischen oder rechtlichen Zwang unvorstellbar. Es muß sich um Zwangsverbände handeln. Die Berufsangehörigen müssen durch faktische Umstände oder durch rechtliche Anordnung zur Verbandsmitgliedschaft gezwungen sein. Die Erfüllung der Verbandsbeschlüsse muß durch staatliche Zwangsgewalt gesichert sein.

Ein rechtlicher Verbandszwang ist bei Erwerbszwecken durch Art. 31 BV, bei ideellen Zwecken durch Art. 56 BV (Vereinsfreiheit) ausgeschlossen¹²⁶⁾. Verschiedene Wirtschaftszweige kennen einen tatsächlichen Verbandszwang¹²⁷⁾. Man kann hier von einer stillschweigenden Delegation öffentlich-rechtlicher Funktionen an einzelne Verbände sprechen. Wie haben hier gleichsam eine „Symbiose öffentlicher und privater Interessen“, wie sie Sombart in den sog. gemischt-öffentlichen Unternehmungen vor-

¹²³⁾ Es soll den Korporationen eine weitgehende Autonomie eingeräumt werden, wie sie insbesondere durch die Allgemeinverbindlicherklärungen (AVE) (Gesamtarbeitsverträge und Tarifverträge) zum Ausdruck kommt.

¹²⁴⁾ Fehr, Die Auferstehung des Mittelalters im modernen Recht, Antrittsvorlesung an der Universität Bern 1924.

¹²⁵⁾ Dieser Vorwurf der „Erstarrung der Verbände zu Zünften“ wird uns beim Filmgewerbe beschäftigen. Vgl. Walter, Die schweizerische Kinozunft, Rote Revue, 1943, Heft 10.

¹²⁶⁾ Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 285, 377 ff. Andere Auffassung: Burekhardt, Kommentar S. 523, Abderhalden, Die Vereinsfreiheit im schweiz. Verfassungsrecht, Berner Diss. 1938, S. 61 ff. Giacometti hält dieser Auffassung entgegen, wäre sie richtig, so könnte analog „auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit durch gesetzlichen Zwang zum Eintritt in eine religiöse Genossenschaft beseitigt werden“.

¹²⁷⁾ So das Filmgewerbe. Hier ist die Berufszulassung von der Verbandszugehörigkeit und diese wiederum vom Bedürfnis abhängig. Vgl. unten S. 54 ff.

schwebte, welche er als den zukunftsreichsten Typus der wirtschaftlichen Organisation bezeichnete¹²⁸⁾).

Es ist wohl richtig, die heutige Entwicklung als Ergebnis des Kampfes der zwei grundsätzlich verschiedenen Wirtschaftsauffassungen des Liberalismus und des Sozialismus anzusprechen. Liberal oder besser kapitalistisch ist die moderne Wirtschaft, indem nach wie vor das private Gewinnstreben maßgebendes Element blieb, sozialistisch dadurch, daß das Gewinnstreben von den Berufsgenossen weitgehend auf Gemeinschaftsbasis gestellt wurde. Zum Liberalismus fehlt der freie Wettbewerb, wie er sich aus der Konkurrenz der individuellen Leistungen ergibt und bei einer (durch Vereinbarung von Preisen, Absatzgebieten usw.) „organisierten Konkurrenz“ nicht mehr existiert. Zum Sozialismus fehlt die Verstaatlichung der Produktionsmittel, wie sie nach Karl Marx, materialistischen Geschichtsauffassung zwangsläufig erforderlich ist.

Der Interventionismus ist hier ein System, welches die beiden Wirtschaftsauffassungen: die freie Verkehrswirtschaft des Liberalismus und die gebundene Planwirtschaft des Sozialismus, miteinander verbindet. Er fand in der Schweiz seine spezifische Form¹²⁹⁾ durch die Übertragung öffentlicher Kompetenzen an die Wirtschaftsverbände¹³⁰⁾. Im übrigen Westeuropa bewegt sich der Interventionismus, beeinflusst durch die Marshall-Verträge, weitgehend in neoliberalistischer Richtung, d. h. die Aufgabe der Staatsintervention wird in einer Überwachung und Beschränkung der privaten Organisationstätigkeit gesehen, da „der rein naturgesetzliche Automatismus“ nicht ausreicht, „eine freie Verkehrswirtschaft unverfälscht lebendig zu erhalten“¹³¹⁾.

Es ist zu hoffen, daß auch bei uns mit der Zeit diese Wandlung zur neoliberalen Ordnungsauffassung vollzogen wird, sind dem Bundesgesetzgeber doch Kompetenzen zu wirtschaftspolitischen Erlassen eingeräumt, die zur Verwirklichung eines Neoliberalismus führen können. Um so mehr ist diese Hoffnung berechtigt, als die Ordnung des Wirtschaftslebens nicht nur ein wirtschaftspolitisches, sondern auch ein staatspolitisches Problem darstellt. Mit der Einschränkung der privaten Wirtschaftsorganisationen und der Zurückdämmung der Berufsverbände auf ihre nützlichen, die individuelle Freiheit und die freie Konkurrenz nicht beschränkenden Bildungs- und Unterstützungsaufgaben kann die große Gefahr gebannt werden, daß

¹²⁸⁾ Vgl. Sombart a.a.O. S. 64.

¹²⁹⁾ Wetter, Revision der Wirtschaftsartikel S. 170, erwähnt, daß dieses System ja auch landläufig „système suisse“ benannt wird.

¹³⁰⁾ Wie sie u.a. in der AVE ihrer Entscheide Ausdruck findet.

¹³¹⁾ Vgl. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf S. 370. Diese Tendenz macht sich auch im Filmgewerbe bemerkbar, ist doch die „Entflechtung“ der filmwirtschaftlichen Kartelle in Deutschland durch die Dekartellisierungsabteilung der amerikanischen und britischen Militärregierung im Laufe des Jahres 1949 weitgehend vollzogen worden.

die Wirtschaftsorganisationen zu politischen Organisationen und schließlich zu Bewirtschaftungs- und Machtorganen des Staates werden. Eine Entwicklung, wie sie der demokratischen Staatsauffassung widersprechen würde.

Wenden wir das bis jetzt Gefundene auf die Berufsverbände an, so kommen wir zu folgendem Ergebnis: Die Berufsverbände können im Rahmen der HGF eine wichtige Aufgabe erfüllen, z. B. eine gesetzesberatende, wie sie in Art. 32 Abs. 3 BV vorgesehen ist. Sie dürfen aber nicht zum ausschließlichen Ordnungsfaktor der Wirtschaft werden. Ein solcher Verband kann u. U. als kartellähnliche Organisation mit schädlicher Auswirkung im Sinne von Art. 31 bis Abs. 3 lit. d angesprochen werden, birgt er doch die oben aufgeführten Gefahren in sich.

Die Frage, ob ein Verband den verfassungsmäßigen Rahmen sprengt, läßt sich nur von Fall zu Fall anhand der Verbandsstatuten, Verträge und konkreten Verhältnissen feststellen. Aufgabe des dritten Teiles unserer Arbeit ist es u. a., gestützt auf unsere allgemeinen Ausführungen, das Verhältnis der Verbandsordnung im Filmgewerbe zur HGF zu untersuchen.

•

II. Teil

Das Filmgewerbe

Aufgabe dieses Kapitels ist, das Filmgewerbe als geschlossenes Wirtschaftsgebiet darzustellen. Dabei können wir, ausgehend von der Zielsetzung der Gesamtarbeit (nämlich der Festlegung des Verhältnisses des Filmgewerbes zur HGF), uns auf eine ausschließliche Untersuchung der für diese spezifische Betrachtung relevanten Gegebenheiten beschränken. Es kann also nicht Zweck sein, das Filmgewerbe in seinen sämtlichen Erscheinungsformen, mit seinen mannigfachen technischen und wirtschaftlichen Fragen zu beleuchten, sondern Aufgabe ist es, die Teile des Filmgewerbes, sei es der Technik, sei es der Wirtschaft, sei es der Entwicklungsgeschichte, darzulegen, aus denen sich eine die HGF berührende Regelung ergibt. Zur Klarlegung des Gesagten sollen folgende Beispiele dienen:

Aus der Entwicklungsgeschichte des Kinematographen ergibt sich die in manchen Kantonen noch übliche Unterstellung des Kinogewerbes unter das Hausiergesetz als Requisit der Zeit, in welcher das Kino noch reines Wandergewerbe war¹⁾.

Aus der technischen Gegebenheit der leichten Brennbarkeit des Zelluloidfilmstreifens bei der gleichzeitig großen Erhitzung durch die Bogenlampen des Projektionsapparates resultierten zahlreiche Brandkatastrophen, die zu den strengen feuerpolizeilichen Vorschriften Anlaß boten.

Aus den wirtschaftlichen Gegebenheiten, wie hohe Gestehungskosten des Filmes bei relativ kurzer Vorführungsmöglichkeit im einzelnen Lichtspieltheater, ergibt sich weitgehend die privatrechtliche Organisation und Regelung des Filmgewerbes.

Unter Filmgewerbe²⁾ versteht man das gesamte Wirtschaftsgebiet, welches sich mit dem Film³⁾ befaßt. Es umfaßt die drei Hauptbetätigungsarten: die Herstellung, den Vertrieb und die Vorführung, daneben noch das gesamte Hilfgewerbe⁴⁾.

¹⁾ Heute ist die Unterstellung des seßhaften Kinos unter ein Hausiergesetz nicht im Einklang mit der HGF. Vgl. unten S. 83ff.

²⁾ Auch Filmwirtschaft, industrie cinématographique.

³⁾ Zur Definition des Filmes s.: Seehaus W., Das Lichtspielgesetz, Diss. Göttingen 1925, S. 1. Aepli H., Die Filmzensur in der Schweiz, Zch. Diss. 1949, S. 1: „...ein lichtdurchlässiger Streifen zusammenhängender, meist fotografischer Bilder, die durch Lichtprojektion und rasches Abrollen meist entsprechend tönende Bewegungsbilder hervorbringen“.

⁴⁾ Begriffsdefinition vgl. unten S. 44ff.

I. Die Entwicklung des Filmgewerbes⁵⁾

Die Geschichte des Filmgewerbes ist erst ein halbes Jahrhundert alt. Die ersten kinematographischen Versuche datieren ums Jahr 1880. Sein öffentliches Debüt erlebte der Kinematograph⁶⁾ am 22. März 1895 in der französischen Metropole unter den Gebrüdern Lumière⁷⁾. Die erste Filmvorführung in der Schweiz fand am 1. Mai 1896 in Genf an der Landesausstellung statt. Ein Jahr darauf (1897) veranstalteten die Gebrüder Lumière die erste Filmvorführung in Zürich.

Um die Jahrhundertwende entstand ein eigentliches schweizerisches Wanderkinogewerbe. Der Kinematograph bildete die Hauptattraktion der Jahrmärkte. Als Jahrmarktsunterhaltung neigte er zu einer dem allgemeinen Niveau dieser Art Attraktion entsprechenden gewagten Themawahl und Darstellung, was ihm einerseits den Publikumserfolg sicherte, andererseits aber in moralischen Mißkredit brachte. Dies war um so mehr der Fall, als der Stummfilm der sinnuntermalenden Wirkung der Worte entbehrte und deshalb auf eine sinnverdeutlichende Übertreibung der Mimik angewiesen war. Außer der sittlichen Gefährdung zeitigte aber die unvollkommene technische Entwicklung noch andere Gefahrenherde. Das starke Flimmern der damaligen Filme schien die Augen zu gefährden. Die leichte Entzündbarkeit und gute Brennbarkeit des Zelluloidfilmes und der Mangel an genügenden technischen Sicherungen führte häufig zu Brandkatastrophen. Dies alles ließ die Forderung einer strengen Regelung des Kinogewerbes als dringlich erscheinen. Aus dieser Zeit der Anfänge des Kinogewerbes stammen denn auch die meisten das Lichtspielwesen betreffenden kantonalen Erlasse⁸⁾.

Im Laufe der 20er Jahre wurde das Kinogewerbe immer mehr zu einem seßhaften Gewerbe und erlebte in den Jahren 1925—1930 eine eigentliche

⁵⁾ Es kann hier nur eine kurze Zusammenfassung gegeben werden. Wir verweisen im übrigen auf die einschlägige Literatur, namentlich: Kleines Filmlexikon, Hgb. C. Reinert, Einsiedeln 1946. Taschenbuch des Films v. R. Plaut, Zeh, 1938, M. Jackson-Wrightley and Eric Leyland, *The Cinema, Historical, Technical and Bibliographical. A survey for librarians and students*, London 1939.

⁶⁾ Der Ausdruck „Kinematograph“ stammt aus dem Griechischen und wurde erstmals für den Apparat der Gebrüder Lumière verwendet.

⁷⁾ Diese veranstalteten die erste der Allgemeinheit zugängliche Filmvorführung im Grand Café Paris, mit dem Film: „Sortie des ouvriers de l'usine Lumière à Montpellier“.

⁸⁾ Vgl. Datierung der kant. Erlasse. Sie zeigt deutlich, daß die Erlasse zum großen Teil noch aus der Zeit stammen, in welcher das Kinogewerbe ausgesprochenes Wandergewerbe war. Die Bestimmungen entsprachen deshalb wohl den Anforderungen der damaligen Zeit; es ist aber fraglich, ob sie auch den heutigen Erfordernissen gerecht werden. Wie überall, wo die Technik große Fortschritte erzielte, bereitet es der Gesetzgebung Schwierigkeiten, Schritt zu halten.

Hochkonjunktur. Neue Theater schossen wie Pilze aus dem Boden⁹⁾. Dieser ungeheure Aufschwung fand seine Begründung in der technischen¹⁰⁾ und künstlerischen Entwicklung des Filmes. Die Technik gestattete längere Filme herzustellen, die dank einer neuen Vorrichtung¹¹⁾ nicht mehr ruckweise, sondern gleichmäßig durch den Projektionsapparat glitten. Das lästige Flimmern konnte so gemildert werden. Die längeren Filme gestatteten aber auch eine reichere Themawahl. Es wurden die ersten künstlerischen Filme geschaffen¹²⁾. Stand 1916 Spitteler mit seiner Verteidigung des Kinos¹³⁾ noch vereinzelt da, so wurde nun das Kino allgemein gesellschaftsfähig. Es verließ deshalb in immer stärkerem Maße den Jahrmarkt und die Wirtschaftslokale und zog in eigene komfortable, ja sogar prunkvolle Theater. Damit war aber auch eine wirtschaftliche Umgestaltung verbunden.

Zur Zeit, als das Kinogewerbe noch Wandergewerbe war, befanden sich Herstellung, Vertrieb und Vorführung des Filmes noch größten Teils in gleichen Händen. Der Umstand, daß der Film immer wieder an anderen Orten gezeigt wurde, ermöglichte es, ihn bis zur vollkommenen Unbrauchbarkeit zu verwenden. Das seßhafte Kino hatte dagegen naturgemäß nur den beschränkten Zuschauerkreis der nächsten Umgebung und war somit auf einen raschen Programmwechsel angewiesen. Vergewagt man sich, daß Voraussetzung des seßhaften Kinos die längeren, hochwertigeren, dementsprechend aber auch teureren Filme waren, so begreift man, daß das System des Kopienkaufes für den Theaterbesitzer finanziell untragbar und damit überlebt war. Zuerst tauschten die Kinobesitzer Filme untereinander aus, bis sich aus diesen Anfängen ein eigenes Filmverleihgewerbe entwickelte. Nur die Organisation des Filmverleihs ermöglichte es, immer bessere und teurere Filme zu produzieren, konnte doch nur eine solche zentrale Vertriebsstelle für den nötigen Absatz sorgen und damit bewirken, daß das investierte Kapital¹⁴⁾ rasch wieder einlief. Aus der technischen und künstlerischen Entwicklung des Filmes ist die heutige Organisation des Filmgewerbes (mit seiner Teilung in drei Hauptsparten) organisch herausgewachsen.

In den 30er Jahren nahmen der Aufschwung des Filmgewerbes und die

⁹⁾ Vereinzelte seßhafte Kinos sind schon früher zu verzeichnen. So wurde schon 1907 „Specks Kinematograph“, das erste seßhafte Kino Zürichs, eröffnet.

¹⁰⁾ Der größte technische Fortschritt war die Einführung des Tonfilms. Schon 1921 wurden die ersten Versuche mit photographischer Aufnahme von Tönen gemacht. (Namen wie Lauste, Lifschitz, Berglund, Vogt und Masolle sind hier zu nennen.) 1922 war der erste Erfolg zu verzeichnen, aber erst 1929 fand die erste Tonfilmvorführung in der Schweiz statt.

¹¹⁾ Dem sog. Malteserkreuz.

¹²⁾ Erwähnt sei nur Chaplins „Goldrausch“.

¹³⁾ Vgl. Luzerner Tagblatt 1916 Nr. 71.

¹⁴⁾ Durchschnittlich Fr. 250 000 pro Film.

Verbreitung der Lichtspieltheater ihren Fortgang. Durch die rasche technische Entwicklung, aber auch durch die Entwicklung des äußeren Komforts wurde es den Theatern von gestern immer schwerer, mit denen von heute und morgen zu konkurrieren. Dieser erschwerte Existenzkampf ließ verschiedene Forderungen auf Beschränkung des Kinogewerbes laut werden¹⁵). Diese Forderungen wurden nicht nur im Interesse des Kinogewerbes selber gestellt, sondern erhoben auch den Anspruch, im öffentlichen Interesse zu liegen. Es wurde argumentiert, daß der schwere Existenzkampf auf das Niveau der gezeigten Filme drücke, indem er dazu verleite, die Filme nicht nach ihrem Werte, sondern nach den Publikumserfolgsaussichten auszuwählen. Ferner sah man in der Gefährdung der Einzelexistenzen die Gefahr einer Vertrustung, indem das Kinogewerbe in die Hände kapitalkräftiger, zum größten Teil ausländischer Konzerne überzugehen drohte. Damit zeichnete sich die Gefahr einer Überfremdung ab. Doch wurde bis heute von der Einführung einer öffentlich-rechtlichen Bedürfnisklausel für das Lichtspieltheatergewerbe Umgang genommen. (Dagegen besteht eine privatrechtliche Bedürfnisklausel auf Grund der Verbandsordnung¹⁶).)

Auch bei der Revision der Wirtschaftsartikel von 1947 war die Einführung der Bedürfnisklausel Diskussionsthema. Noch die Fassung des Art. 31ter BV von 1939 sah die Bedürfnisklausel für das Lichtspieltheatergewerbe vor¹⁷). Erst in den Verhandlungen von 1945 wurde das Lichtspieltheatergewerbe aus diesem Artikel gestrichen. Die Ursache lag nicht etwa darin, daß man von der Einführung der Bedürfnisklausel oder einer Beschränkung des Kinogewerbes überhaupt Umgang nehmen zu können glaubte, sondern einzig, weil man sich hat „überzeugen lassen, daß die Lichtspieltheater vielleicht besser der Bundesgesetzgebung zu unterstellen seien“¹⁸). Begründet wurde dieser Entschluß mit der Erwägung, daß die Filmwirtschaft eine Einheit darstelle, daß die Kantone somit mit ihrer Kompetenz gar nichts anfangen könnten, insbesondere, da das Hauptgewicht des Filmwesens beim Filmverleih liege¹⁹).

¹⁵) Sie äußerten sich in den unzähligen, seit 1920 gestellten Eingaben an die Kantons- und Bundesbehörden.

¹⁶) Vgl. unten S. 54 ff.

¹⁷) Der Art. 31ter Abs. I lautete: „Die Kantone sind befugt, auf dem Wege der Gesetzgebung die Führung von Betrieben des Wirtschaftsgewerbes und des Lichtspieltheaters von der persönlichen Befähigung und die Zahl der Betriebe vom Bedürfnis abhängig zu machen, sofern die Wirtschaftszweige durch übermäßige Konkurrenz in ihrer Existenz bedroht sind“.

¹⁸) Vgl. StenB NR 1945 S. 257 ff. Allerdings wurde unterlassen, gleichzeitig eine verfassungsmäßige Grundlage für eine derartige Bundesgesetzgebung zu schaffen. Inwiefern dennoch heute die Möglichkeit besteht, die Bedürfnisklausel durch Bundesgesetzgebung einzuführen, wird uns unten S. 160 beschäftigen.

¹⁹) Vgl. hierzu die Ausführungen von Bundesrat Stampfli (StenB NR 1945

Die konstante Entwicklung des Filmgewerbes nahm auch in diesem Jahrzehnt ihren Fortgang, und man kann mit Recht behaupten, das Filmgewerbe sei auch in der Schweiz ein bedeutungsvoller Wirtschaftszweig geworden. Ist auch die Filmproduktion in der Schweiz gering²⁰⁾, so vermittelt doch der Filmverleih weit über tausend Filme pro Jahr, und die Schweiz zählt heute rund 400 Kinos mit rund 150000 Sitzplätzen, die täglich von über 100000 Personen besucht werden, was einer jährlichen Einnahme von über 50 Millionen Franken entspricht²¹⁾.

S. 257 ff.): „... Nun hat sich aber gezeigt, daß die Erfahrungen der Kriegsjahre absolut dagegen sprechen, den Kantonen die Befugnis zur Gesetzgebung auf dem Gebiete der schweizerischen Filmwirtschaft zu übertragen. Die Beseitigung dieser Bestimmung geht auf den ausdrücklichen Wunsch des Departements des Inneren zurück. Herr Bundesrat Erter hat mit seinem Fachbearbeiter, Herrn Mauerhofer, überzeugend dargelegt, daß es gar keinen Sinn habe, diese Gesetzgebungskompetenz den Kantonen vorzubehalten, da ja die Filmwirtschaft eine Einheit darstelle und die Kantone gar nicht in der Lage wären, hier Sonderregelungen zu treffen“. An anderer Stelle (vgl. StenB 1945 NR S. 555) wird ausgeführt: „Die Schlüsselstellung im ganzen Filmwesen liegt in der Verleihung, gegenüber den Verleihanstalten sind die Kantone machtlos. Hier kann nur die Bundesgesetzgebung helfen“. Die Schweiz. Filmkammer arbeitet heute an dem Entwurf eines Bundesgesetzes zur Regelung des Filmgewerbes.

²⁰⁾ Durchschnittlich pro Jahr ein abendfüllender Spielfilm. Dagegen kommt der schweiz. Werbe- und Dokumentarfilmproduktion größere Bedeutung zu.

²¹⁾ Die genauen Angaben werden jährlich im statistischen Jahrbuch der Schweiz veröffentlicht und sind auch weitgehend aus dem Jahrbuch der schweiz. Filmindustrie ersichtlich. Dem Jahrbuch 1949 ist folgende Aufstellung zu entnehmen:

Kinos in den Kantonen 1949

Kantone	Gemeinden mit Kinos	Kinos	Plätze	
			überhaupt	auf 1000 Einw.
ZH	16	51	24728	33
BE	40	65	21540	28
LU	6	12	4461	20
UR	3	3	500	17
SZ	6	6	1331	19
OW	2	3	1152	53
NW	1	1	288	15
GL	3	3	912	25
ZG	3	4	1194	30
FR	7	9	4178	26
SO	7	13	4653	28
BS	1	15	8314	44
BL	5	6	1667	16
SH	3	5	1546	27
AR	2	2	399	8

Seine besondere Bedeutung verdankt das Filmgewerbe dem komplexen Charakter des Filmes, welcher der Kunst²²⁾, der Unterhaltung, der Information, der Propaganda und Werbung dienen kann. Der Film ist heute das hervorragendste Beeinflussungsmittel der öffentlichen Meinung. Dem Film wohnt eine besondere Suggestivkraft inne, sei es auch nur deshalb, weil er den Menschen gleichzeitig durch Bild und Ton gefangennimmt²³⁾.

II. Der Begriff

Es wurde schon ausgeführt, daß unter Filmgewerbe der gesamte Wirtschaftskomplex, welcher sich mit dem Film befaßt, zu verstehen ist. Die drei Sparten des Filmgewerbes (Produktion, Verleih und Vorführung) waren ursprünglich in einer Hand vereinigt, trennten sich aber aus sachlicher und wirtschaftlicher Notwendigkeit²⁴⁾. Sie bilden aber dennoch eine Einheit, da jede einzelne Sparte auf die andere angewiesen ist und für sich allein nicht existieren könnte. Eine rechtliche Regelung einer einzelnen Sparte ohne Berücksichtigung der anderen ist deshalb unzweckmäßig²⁵⁾. Aus dem-

Kantone	Gemeinden	Kinos	Plätze	
	mit Kinos		überhaupt	auf 1000 Einw.
AI	1	1	161	12
SG	17	23	6 979	23
GR	7	11	3 254	24
AG	19	24	7 043	24
TG	8	12	3 316	22
TI	14	25	8 027	47
VD	29	52	21 145	57
VS	10	14	4 124	26
NE	11	22	9 079	71
GE	1	23	10 585	52
Schweiz	222	405	150 576	33

²²⁾ Vgl. dazu Arnheim Rudolf, Film als Kunst, Berlin 1932.

²³⁾ Vgl. dazu Aepli S. 13ff., Neidhart S. 16ff.

²⁴⁾ Heute zeichnet sich wieder weitgehend die Tendenz der Vereinigung ab. So besitzen die größten Filmproduzenten eigene Verleihanstalten und insbesondere in Amerika auch eigene Lichtspieltheater. Es liegt dann keine horizontale, sondern nur noch eine vertikale Gliederung des Filmgewerbes vor. Auch in der Schweiz war seinerzeit ein solcher Lichtspieltheaterkonzern eines ausländischen Filmproduzenten und Verleihers geplant, konnte aber durch die Bemühungen des schweiz. Lichtspieltheaterverbandes zum Scheitern gebracht werden.

²⁵⁾ Schon 1913 äußerte Hellwig, Rechtsquellen des öffentlichen Kinematographenrechts: „Es wäre wohl zweckmäßiger, die Zensur nicht erst bei dem Kinobesitzer zu beginnen, sondern schon bei dem Filmverleiher oder besser noch bei dem Produzenten“.

selben Grunde wäre es aber auch für uns sinnlos, nur eine bestimmte Sparte, z. B. das Lichtspieltheatergewerbe, in seinem Verhältnis zur HGF zu prüfen.

1. Die Filmproduktion

Die erste Hauptsparte ist die Filmproduktion. Sie ist in der Schweiz von geringer Bedeutung²⁶⁾. Sie beschränkt sich in der Hauptsache auf die Städte Zürich, Basel und Genf. Die schweizerischen Filmproduzenten sind zusammengeschlossen im Verband Schweizerischer Filmproduzenten (V. S. F.)²⁷⁾.

Berücksichtigt man, daß der Film nicht nur der Unterhaltung, sondern auch der Werbung und Propaganda dient, so liegt eine nationale Filmproduktion im öffentlichen Interesse. Der Film ist geeigneter als jedes andere Mittel, Sympathien zu werben und Ideen populär zu machen. Es ist heute eine Erfahrungstatsache, daß der Film viel intensiver als das geschriebene Wort wirkt, beansprucht er doch die Wahrnehmungsorgane des Menschen in viel stärkerem Maße. Man ist eher geneigt zu glauben, was man „bildlich“ vor sich gesehen, als was nur das geschriebene Wort einem übermittelt hat. Also besonders dort, wo der Film Informationsquelle sein möchte, wie bei den Wochenschauen, kann (namentlich in Kriegszeiten) eine eigene nationale Darstellung von öffentlichem Interesse sein. So wurde die Herstellung einer schweizerischen Filmwochenschau in den vergangenen Kriegsjahren vom Bunde geregelt und deren Vorführung in den schweizerischen Lichtspieltheatern obligatorisch erklärt²⁸⁾. Nach Kriegsende wurde dieses Obligatorium wieder aufgehoben²⁹⁾.

²⁶⁾ Detaillierte Angaben in Botschaft des BR an die Bvers über die Schaffung einer Schweiz. Filmkammer vom 13. Juli 1937, BBl 37 II 492ff. Die Bedeutungslosigkeit der schweiz. Filmproduktion ist in erster Linie begründet in der durch die Kleinheit des Landes bedingten Absatzschwierigkeit. Um dem Film die nötige Rentabilität zu sichern, genügt der Inlandmarkt nicht. Der Auslandsabsatz ist aber behindert durch die Sprachschwierigkeit, indem der schweiz. Filmproduzent mit Vorliebe der Ansicht huldigt, daß schweizerische Eigenart nur durch Verwendung der Mundart zum Ausdruck kommen könne. Die letzten Filme umschifften diese Sprachklippe durch eine glückliche, Mehrsprachigkeit erfordernde Themawahl, wie die Darstellung von Flüchtlings- und Internierungsproblemen („Marie-Louise“, „Die letzte Chance“ usw.).

²⁷⁾ Gegründet am 13. Juli 1934 mit Sitz in Zürich. Er umfaßt heute (1949) 33 Mitglieder, wovon 19 in Zürich.

²⁸⁾ Vgl. BB über die Herstellung einer schweiz. Filmwochenschau und deren Vorführung in den Lichtspieltheatern des Landes, vom 12. März 1943 (AS 59, 208). Dieser BB war gestützt auf Art. 3 des BB vom 30. August 1939 über Maßnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität (AS 55, 769).

²⁹⁾ Vgl. BB betr. die Aufhebung des BB über die Herstellung einer schweiz.

Ein öffentliches Interesse an einer staatlichen Filmproduktion ist aber auch gegen andere Gefahren denkbar, wie namentlich gegen staatszersetzende politische Tendenzen³⁰⁾, gegen ein Überhandnehmen der Kriminalität³¹⁾, gegen die Verkehrsunfälle³²⁾, gegen Epidemien, Seuchen und Geschlechtskrankheiten³³⁾ usw. Allerdings wäre eine genügende Wirksamkeit nur bei gleichzeitigem Vorführungsobligatorium garantiert. Dieses könnte aber leicht zu einer Verstaatlichung der Filmindustrie überhaupt führen. Darunter müßte vor allem der Film als Kunst leiden. Spitzenleistungen würden zu Gunsten eines gleichmäßigen Durchschnitts unwahrscheinlich, indem der hohen Bedeutung der Freiheit in der Kunstentwicklung nicht Rechnung getragen werden könnte.

Auch zum Schutze gegen eine Überschwemmung mit fremdem Gedankengut kann die Förderung einer eigenen nationalen Filmproduktion im öffentlichen Interesse liegen. Diese Förderung wird zweckmäßigerweise vor allem in der Gewährung von Subventionen bestehen und darin, daß der schweiz. Filmproduktion möglichst wenige öffentlich-rechtliche Beschränkungen auferlegt werden. Außer einer militärischen Aufnahmezensur in Kriegszeiten aus Gründen der Landesverteidigung und dem allg. Verbot (Art. 204 StGB) der erwerbsmäßigen Herstellung unzüchtiger Filme ist die schweizerische Filmproduktion auch tatsächlich keinen öffentlich-rechtlichen Schranken unterworfen. Damit ist sie aber für unsere Untersuchung (des Verhältnisses des Filmgewerbes zur HGF) ohne Interesse und kann für die weitere Betrachtung beiseite gelassen werden.

2. Der Filmverleih

Weit wichtiger ist die zweite Sparte des Filmgewerbes, der Filmverleih. Er besitzt die Zentrumsposition des gesamten Filmgewerbes. Wir haben heute in der Schweiz rund vierzig Verleihfirmen, wobei acht große amerikanische Verleihanstalten mehr als die Hälfte aller in der Schweiz gezeigten

Filmwochenschau und deren Vorführung in den Lichtspieltheatern des Landes, vom 23. Okt. 1945 (AS 61, 903).

³⁰⁾ Die politische Filmzensur oder das Einfuhrverbot für politisch unerwünschte Filme kann unter Umständen nicht genügen. Dagegen kann eine objektive Darstellung der Vorteile einzelner demokratischer Institutionen durch das populäre Mittel des Filmes von hohem Werte sein.

³¹⁾ Besonders ein von der amerikanischen Polizei angewandtes Mittel, mit dem Motto: „Verbrechen lohnen sich nicht“.

³²⁾ Auch von der amerikanischen Polizei viel verwendetes Mittel („Das Gesetz der Straße“).

³³⁾ Besonders hier liegt die Gefahr nahe, daß bei einer *privaten* Filmproduktion das Motiv weniger in einer ernstgemeinten Aufklärung zur Bekämpfung venerischer Krankheiten liegt, als in einer Spekulation auf gewisse niedere Instinkte.

Filme besorgen³⁴⁾. Sämtliche Verleiher sind in dem 1922 gegründeten Filmverleiher-Verband der Schweiz (FVV) organisiert³⁵⁾. Dem Filmverleih kommt zwischen Produzenten und Lichtspieltheaterbesitzern die Stellung eines Grossisten zu. Seine Aufgabe ist also eine doppelte. Sie zerfällt: 1. in sein Verhältnis zum Produzenten, 2. in sein Verhältnis zum Lichtspieltheaterbesitzer.

a) Das Verhältnis von Filmverleih zur Produktion

Der Filmverleiher übernimmt vom Produzenten die Filme. Die übliche Form ist der Monopolvertrag³⁶⁾. Durch diesen Vertrag erwirbt der Verleiher ein zeitliches und räumliches Monopol, d. h. er hat für eine gewisse Zeitspanne und für ein bestimmtes Gebiet das ausschließliche Recht zur Verbreitung des Filmes. Nach dieser Monopolzeit fallen die übertragenen Rechte wieder an den Produzenten zurück und können von ihm auf einen anderen oder denselben Verleiher im sog. zweiten Monopol neu übertragen werden³⁷⁾. Nach Ablauf dieses zweiten Monopols kommen die Filme meistens auf den sog. freien Markt, wo dieselben urheberrechtlichen Befugnisse wie beim Monopolfilm, jedoch ohne jede Ausschließlichkeit, erworben werden.

Das Urheberrecht steht immer dem Produzenten zu³⁸⁾. Der Verleiher

³⁴⁾ Vgl. Botschaft des BR an die Bvers über die Schaffung einer Schweiz. Filmkammer, vom 13. Juli 1937 (BBl 37 II 488).

³⁵⁾ Die Tendenz zu einem Zusammenschluß war im schweiz. Filmgewerbe schon früh vorhanden. So wurde schon am 15. Februar 1915 der „Verband der Kinematographen-Interessenten in der Schweiz“ gegründet. Er umfaßte damals sämtliche Sparten und hatte zum Zweck die Vertretung der gemeinsamen Interessen und die Verbesserung der wirtschaftlichen Existenz aller im kinematographischen Gewerbe tätigen Personen (vgl. § 2 der Verbandsstatuten vom 15. II. 1915). Aber schon am 4. Sept. 1916 gründeten die Verleiher ihre eigene Organisation, die „Genossenschaft schweizerischer Film-Verleiher mit Sitz in Zürich“. Diese Genossenschaft wurde am 12. Sept. 1922 zu dem noch heute bestehenden „Film-Verleiher-Verband in der Schweiz“ umgestaltet (FVV) oder „Association des loueurs de films en Suisse (A.L.S.).

³⁶⁾ Früher war auch der Veräußerungsvertrag, d. h. der Negativverkauf üblich. Damit wurden dem Verleiher sämtliche Urheberrechte, d. h. das zeitlich unbeschränkte Weltvertriebsrecht übertragen.

³⁷⁾ Der Verleiher, welcher das erste Monopol inne hat, sichert sich häufig schon von vornherein vertraglich das zweite Monopol. So auch Möhr S. 15. Die Erwerbung des zweiten Monopols stellt sich verständlicherweise bedeutend billiger.

³⁸⁾ Vgl. Möhr S. 11ff., Nehmiz, Geistige Schöpfung und Tonfilmproblem. Diss. Zeh. 1935, Olgiati, Film sonoro e Radiodiffusione, nel diritto svizzero e nelle convenzioni dell'Unione per la protezione della proprietà letteraria e artistica, Bern Diss. 1937, Holzherr, Der Tonfilm in seinen Beziehungen zum Urheberrecht, Diss. Bern 1934, Du Pasquier, Kinematographie und geistiges Eigentum, in SJK N. 86.

erwirbt nur ein zeitlich beschränktes Verbreitungs- und Vorführungsrecht für eine bestimmte Anzahl von Kopien³⁹⁾. Durch die Institution des Filmverleihs werden die von der Filmproduktion investierten Kapitalien schnell wieder frei, indem der Produzent nicht warten muß, bis das Geld aus allen Lichtspieltheatern wieder zusammengefloßen ist⁴⁰⁾. Um sein Risiko zu verringern, stellt der Verleiher häufig bestimmte Bedingungen an den Produzenten, wie namentlich die Verfilmung bestimmter „Best-seller“ und das Engagement bestimmter, besonders beliebter „Stars“.

b) Das Verhältnis von Filmverleih zum Lichtspieltheatergewerbe

Zweite Aufgabe des Filmverleihs bildet der Vertrieb der Filme an die Lichtspieltheaterbesitzer. Der Verleiher überträgt das Aufführungsrecht des Filmes in einem Filmleihvertrag⁴¹⁾ an einen Lichtspieltheaterbesitzer⁴²⁾. Auch der Filmleihvertrag kann verschiedenen Inhalt haben. So kann ein Uraufführungsrecht⁴³⁾, ein Erstaufführungsrecht⁴⁴⁾ oder ein Vorspielrecht⁴⁵⁾ vorgesehen sein⁴⁶⁾.

Die Filmmiete besteht entweder in einem Barbetrag oder in einer prozentualen Beteiligung⁴⁷⁾. Die prozentuale Beteiligung ist aber nur bei sog. Nachspielern⁴⁸⁾ üblich.

³⁹⁾ Es kann allerdings eine Vervielfältigungsbefugnis des Verleihers auch im Monopolvertrag vorgesehen werden, kommt aber nur selten vor.

⁴⁰⁾ Nur dadurch ist es den Produzenten möglich, fortlaufend Filme zu drehen, deren Herstellungskosten bis zu 30 Millionen Franken betragen.

⁴¹⁾ Über den Charakter des Filmleihvertrages vgl. Wöhler, Der Filmleihvertrag zwischen Kinobesitzer und Filmverleiher nach schweiz. und deutschem Recht, Zeh. Diss. 1935. Fritzel Otto, Filmverleih, Diss. Heidelberg 1932. Nach Wöhler ist der Filmleihvertrag ein gemischer Vertrag, d. h. kein reiner Mietvertrag. In den in der Schweiz üblichen Vertragsformularen ist er allerdings als Mietvertrag überschrieben.

⁴²⁾ Dies geschieht durch Übergabe einer Kopie und des nötigen Reklame-materials. Die Übertragung ist zweckgebunden, d. h. die Kopie darf nur zur Aufführung verwendet werden, insbesondere darf sie nicht weiter vergeben werden.

⁴³⁾ Das Recht, den Film als erster vorzuführen.

⁴⁴⁾ Das Recht, als erster in einem bestimmten Gebiet den Film vorzuführen. In anderen Gebieten dagegen darf der Film gleichzeitig oder schon vorher gespielt worden sein.

⁴⁵⁾ Bestimmte Kinotheater dürfen mit dem betreffenden Film erst nach ihm beliefert werden.

⁴⁶⁾ Es kann auch vorgesehen sein, daß der Film nach der Vorführung im selben Gebiete eine bestimmte Zeit nicht mehr gezeigt werden darf. Es gibt gleichzeitig auch eine örtliche Staffelung, indem die Filme zuerst in den größten Lichtspieltheatern der größten Städte gezeigt werden und erst zum Schluß in die kleinen Kinos der kleinen Gemeinden gelangen.

⁴⁷⁾ Bei prozentualer Beteiligung sichert sich der Verleiher meist eine mini-

Der Filmverleiher versucht ferner, sein Risiko durch die in der Filmbranche wohl einzig dastehende Einrichtung des „Blind- und Blockbuchs“ zu vermindern. Unter Blindbuchen versteht man die Einrichtung, daß der Lichtspieltheaterbesitzer ohne vorherige Besichtigung (meist sogar vor Fertigstellung des Filmes) einzig auf Grund der Inhaltsangabe und der Rollenbesetzung denselben für sein Theater mietet. Unter Blockbuchen ist die Einrichtung zu verstehen, daß der Verleiher einen besonders begehrten Film, welcher einen großen Publikumserfolg verspricht, nur unter der Bedingung abgibt, daß gleichzeitig einige mindergefragte Filme übernommen werden⁴⁹⁾. Durch diese Einrichtungen gelingt es dem Verleiher, das Risiko weitgehend zu verteilen.

3. Das Lichtspieltheatergewerbe

Die dritte Hauptsparte bildet das Lichtspieltheatergewerbe. Es umfaßt die gewerbsmäßige Vorführung von Filmen in ständigen, dafür besonders eingerichteten Räumlichkeiten oder als Wandergewerbe. Organisiert sind die Lichtspieltheaterbesitzer der deutsch- und italienischsprechenden Schweiz im „Schweizerischen Lichtspieltheater-Verband“, die der französisch sprechenden Schweiz in der „Association cinématographique suisse romande“⁵⁰⁾. Wir beschränken unsere Betrachtungen im folgenden auf den

male Garantiesumme. Auch schuf der Film-Verleiher-Verband eine Kontrollstelle, deren Organe die Einnahmen der einzelnen Theater hinsichtlich aller auf Prozente gespielten Filme überprüfen dürfen. Allerdings dürfen sich die Kontrollen nur auf eine Periode von einem Jahre, vom Tage des angemeldeten Kontrollbesuches an gerechnet, zurück erstrecken. Schließlich hat jeder Theaterinhaber, der Filme auf prozentualer Basis bezieht, die Pflicht zur Führung einer Buchhaltung. (Vgl. Art. 11 des Interessenvertrages vom 31. Mai 1939, wo sich auch noch weitere Bestimmungen betr. die Kontrollstelle des FVV finden.)

⁴⁸⁾ Nachspieler sind Theaterbesitzer, die keine der obgenannten Vorrechte und Ausschließlichkeiten besitzen. Sie erhalten die Filme deshalb zu niedrigsten Ansätzen.

⁴⁹⁾ Diese Einrichtungen erschweren verständlicherweise die Wirtschaftslage der Lichtspieltheater; diese können den finanziellen Schaden eines erfolglosen Filmes nicht weiter abwälzen. Außerdem erhöht dieser Umstand, daß der Theaterbesitzer häufig den Film, welchen er zur Vorführung übernimmt, gar nicht vorher zu sehen bekommt, die Berechtigung der Forderung von Hellwig, die Filmzensur schon beim Filmverleih und nicht erst beim Theaterbesitzer vorzunehmen.

⁵⁰⁾ Vgl. „Die Geschichte des schweiz. Lichtspieltheaterverbandes seit seiner Gründung bis heute“ im Jahrbuch der Schweizer Filmindustrie 1938, S. 3ff. „L'Association cinématographique suisse romande depuis sa fondation jusqu'à ce jour“ im Jahrbuch der Schweizer Filmindustrie 1938, S. 1ff.

„Schweiz. Lichtspieltheater-Verband“⁵¹⁾; sie besitzen aber analoge Bedeutung für die „Association cinématographique suisse romande“.

Zweck des Verbandes ist die Wahrung der gewerblichen, fachlichen und wirtschaftlichen Interessen der Verbandsmitglieder, die Hebung des Lichtspieltheatergewerbes im allgemeinen sowie die Bekämpfung von Auswüchsen im Kinogewerbe⁵²⁾. Erst durch das Lichtspieltheatergewerbe tritt der Film in die breite Öffentlichkeit, erst hier kann er sich nützlich oder schädlich auswirken. Verständlicherweise ist deshalb erst das Lichtspieltheatergewerbe einer intensiven polizeilichen Regelung von Seiten der Kantone unterworfen.

4. Das Filmhilfsgewerbe

Neben diesen drei Hauptsparten des Filmgewerbes unterscheidet man noch als Nebensparte das Filmhilfsgewerbe. Es umfaßt alle gewerblichen Hilfstätigkeiten der vorgenannten drei Hauptzweige, ohne daß man sie aber dort einreihen könnte. Beispielsweise seien genannt: die Atelier- und Kopieranstaltsbetriebe, Die Herstellung und der Vertrieb von filmtechnischen Apparaten zur Aufnahme, Vorführung, Beleuchtung usw. Diese Hilfsgewerbe dürfen für unsere Arbeit außer Betracht gelassen werden.

⁵¹⁾ Die heute geltenden Statuten datieren vom 8. Dez. 1938. Der S.L.V. hat seinen Sitz in Zürich.

⁵²⁾ Vgl. Art. 2 der Statuten vom 8. Dez. 1938.

III. Teil

Das Verhältnis von Filmgewerbe und Gewerbefreiheit

Unter Filmgewerbe versteht man das gesamte Wirtschaftsgebiet, welches sich mit dem Film befaßt. Es handelt sich hierbei also um einen Wirtschaftsbegriff, wogegen die HGF einen Rechtsbegriff verkörpert. Bei der Artverschiedenheit der Begriffe ist es logisch unmöglich, das Filmgewerbe als solches der HGF gegenüberzustellen. Es kann sich nur darum handeln, die Normen, welche das Filmgewerbe regeln, in ihrem Verhältnis zur HGF zu prüfen.

Die Rechtsnormen, die ausschließlich das Filmgewerbe betreffen, kann man unter dem Begriff „Filmrecht“ subsummieren. Es genügt aber nicht, nur das Filmrecht in seinem Verhältnis zur HGF zu untersuchen, obwohl auf den ersten Blick sogar der Begriff Filmrecht zu weit und eine Beschränkung auf das öffentliche Filmrecht als genügend erscheint.

Einerseits ist zwar diese Beschränkung auf das kantonale und eidgenössische öffentliche Filmrecht insofern möglich, als das Filmprivatrecht (Urheberrecht etc.) aus dieser Betrachtung fällt, andererseits ist aber der Begriff Filmrecht insofern zu eng, als das Verbandsrecht der filmwirtschaftlichen Organisationen in seinem Verhältnis zur HGF eine Behandlung erfordert.

Dieser III. Teil behandelt somit:

- | | | |
|-------------------------------------|---|-----------------------------|
| 1. Die Verbandsordnung | } | in ihrem Verhältnis zur HGF |
| 2. Das kantonale öffentl. Filmrecht | | |
| 3. Das eidgen. öffentl. Filmrecht | | |

I. Die Verbandsordnung im Filmgewerbe in ihrem Verhältnis zur HGF

1. Die Berechtigung der Problemstellung

Man könnte sich auf den Standpunkt der heutigen Praxis stellen, nach welcher Privatrechtsverhältnisse prinzipiell nicht der HGF unterstehen, was zur Folge hätte, daß diese Problemstellung in sich zusammenfallen würde. Demgegenüber wurde schon oben¹⁾ ausgeführt, daß dieser Standpunkt revisionsbedürftig ist, was die effektive Beeinträchtigung der Wirtschaftsfreiheit im Filmgewerbe besonders eindrucklich beweist.

¹⁾ Vgl. oben S. 27 ff.

Das Filmgewerbe stellt ein autonomes Gebiet dar, auf welchem die filmwirtschaftlichen Verbände ihre Feudalherrschaft ausüben. Sie haben für das Filmgewerbe eine Verbandsordnung geschaffen, welche ein Recht sui generis darstellt. Es ist auf dem Boden des Privatrechts gewachsen, verdankt seine Durchschlagskraft z. T. verfassungswidrigem öffentlichem Recht²⁾, erhebt selber Anspruch darauf, subsidiäres öffentliches Recht darzustellen³⁾, und derogiert letzten Endes die Staatsverfassung. Letztere Behauptung ist durch die Tatsache bewiesen, daß im Filmgewerbe eine Bedürfnisklausel besteht, die in keiner Weise milder gehandhabt wird als die kantonale, auf Art. 31ter beruhende Bedürfnisklausel für das Gastwirtschaftsgewerbe.

Im Rechtsstaate sollte aber grundsätzlich nur der Staat Recht setzen können (in der Demokratie das Volk als oberstes Staatsorgan). Die Aufstellung generell abstrakter Normen hat auf dem Gesetzgebungsweg zu erfolgen. Jede absolute Bindung muß in der Demokratie von der Mehrheit des Volkes gewünscht werden, nach dem Satze, daß in der Demokratie das Individuum nicht nur Normunterworfenen, sondern auch Normerzeuger sein soll. Diesseits der Bindung existiert die Freiheitsphäre des Individuums, deren wichtigste Elemente im Katalog der Freiheitsrechte hervorgehoben sind.

Die funktionelle und materielle Bedeutung der Freiheitsrechte für die Demokratie wurde oben⁴⁾ eingehend gewürdigt. Ein Verzicht auf sie erscheint mit der demokratischen Idee unvereinbar. (Man wäre versucht, in diesem Sinne sogar von einer Rückkehr vom Rechtspositivismus zum Naturrecht zu sprechen.) Der Lebensnerv der Demokratie wird aber doppelt verletzt, wenn:

1. nicht der Staat (nicht die Gesamtheit des Volkes), sondern nur ein Verband imstande ist, „zwingendes“ Recht zu setzen;
2. diese Verbandsordnung außerdem noch die Freiheitsrechte illusorisch macht.

Das Recht auf HGF wurde dem Einzelnen gegen die Zunftverfassung eingeräumt. Was waren aber die Zünfte anderes als Berufsverbände? Ursprünglich gleichfalls eine Vereinigung von Berufsgenossen auf privatrechtlicher Basis, wuchsen sie zu öffentlich-rechtlichen Verbänden heran, schalteten (durch numerus clausus und Bedürfnisklausel) die freie Konkurrenz

²⁾ Vgl. unten S. 150 (Filmkontingentierung).

³⁾ In der Weise, daß die Verbandsordnung die Interessen des gesamten Filmgewerbes und in gewissem Grade sogar die Interessen der Allgemeinheit verkörpern will, und insofern nach der klassischen Definition Ulpinians (D. 1, 1, 2) auch öffentliches Recht darstellt, obwohl man sich bewußt sein muß, daß dieses Kriterium nicht genügt, ansonst man das heutige Arbeitsrecht weitgehend als öffentliches Recht betrachten könnte.

⁴⁾ Vgl. oben S. 6ff.

aus und bemächtigten sich dank ihrer wirtschaftlichen Macht der politischen. Gegen diese Wirtschaftsdiktatur der Zünfte richtete sich die HGF in erster Linie⁵⁾. Das Verbot der Berufsverbände fand seine Verwirklichung erstmals in der Helvetik, um dann als Grundsatz der HGF in die Verfassung von 1874 verankert zu werden. In ungeahnter Weise setzte aber schon ein halbes Jahrhundert später eine Neubildung der Berufsverbände auf dem Boden des Privatrechts ein. Die Vereinsfreiheit des Art. 56 BV diente zur Hauptsache als Grundlage. Durch die Hintertüre des Privatrechts bemächtigten sich allmählich wieder die Berufsverbände der freien Wirtschaft. Sie formten aus der HGF das leider allzu bekannte Spottbild. Heute sind die Berufsverbände zum größten Teil *de facto*, aber auch schon in immer wachsendem Maße *de jure* Zwangsverbände⁶⁾. (Als eines von den zahllosen Beispielen sei die Zwangskartellisierung der Milchwirtschaft genannt⁷⁾.) Die Parallelität mit der Zunftentwicklung im Mittelalter ist vollkommen. Die Ausübung eines Berufes wird in immer größerem Maße (zu mindestens *de facto*) von der Zugehörigkeit zum entsprechenden Berufsverband abhängig. Gleichzeitig schreitet die Verwirtschafterung der Politik unentwegt fort. Die modernen Zünfte bemächtigen sich immer mehr der Staatsgewalt. Dies bedeutet aber zwangsweise den Untergang der demokratischen Einrichtungen. Die Legislative setzt sich nicht mehr aus Vertretern des ganzen Volkes, sondern aus Vertretern der Wirtschaftsverbände zusammen, den Prototypen von Sonderinteressen. Sonderinteressen gehen vor Allgemeinwohl. Die Jurisdiktion wird den ordentlichen Gerichten entzogen⁸⁾, eine Trennung der Gewalten gibt es im Feudalstaat der Verbände nicht. Die Entscheide werden nicht (oder nur ganz vereinzelt) veröffentlicht. Der Willkür sind Tür und Tor geöffnet.

Des weiteren rechtfertigt sich eine Betrachtung der Verbandsordnung in einer öffentlich-rechtlichen Betrachtung auch aus der Fragestellung, ob es sich in concreto um kartellartige Organisationen im Sinne des Art. 31 bis Abs. 3 lit. d oder um legitime Selbsthilfemaßnahmen im Sinne des Art. 31 bis Abs. 4 BV handelt. Dazu wird nötig sein, den Charakter dieser Fachverbände und ihre volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen zu analysieren.

⁵⁾ Marti S. 74.

⁶⁾ Was sowohl BV Art. 31 wie Art. 56 widerspricht.

⁷⁾ Vgl. A. Michel, Schweiz. Milchwirtschaft, in WuR I/S. 127 ff.

⁸⁾ Vgl. z. B. Art. 18 der Statuten des SLV: „Allfällige Streitigkeiten zwischen Verband und Mitgliedern sowie zwischen Mitgliedern selbst... werden durch schiedsgerichtliche Verfahren und unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges durch ein Verbandsgericht entschieden“.

Es stellt sich hierbei die Frage, ob dieses Verbandsgericht ein Schiedsgericht im Rechtssinne darstellt. Welche Möglichkeiten besitzt z. B. bei einer Nichtigkeitsbeschwerde das Obergericht, seinen Kassationsentscheid durchzusetzen?

Mit diesen Gründen sollte hinlänglich die Berechtigung nachgewiesen sein, die Verbandsordnung im Filmgewerbe nicht nur als privatrechtliches, sondern gerade so sehr, wenn nicht sogar in höherem Maße, als öffentlich-rechtliches Problem anzusehen. Andernfalls könnte man leicht den gleichen Vorwurf verdienen, Schießscharten nach der verkehrten Seite zu bauen — um ein Bild Hans Hubers zu gebrauchen —, wie all die Anhänger der HGF, welche immer noch gegen den Staat schießen und nicht sehen, daß die HGF vor allem durch private Machtverbände bedroht ist⁹⁾.

2. Das Prinzip der Verbandsordnung im Filmgewerbe

Es soll hier nur in ein paar Sätzen gezeigt werden, wie die Verbandsordnung im Filmgewerbe aufgebaut ist und wie sie funktioniert, während die Untersuchung der einzelnen Institutionen jeweils weiter unten am betreffenden Ort erfolgt.

Die einzelnen Sparten des Filmgewerbes sind in Verbänden organisiert. Dabei ist ihres geringen Umfanges wegen die schweiz. Filmproduktion für das Funktionieren der Verbandsordnung bedeutungslos. Das Filmverbandsrecht wurde vom Filmverleihverband in der Schweiz und vom Schweiz. Lichtspieltheaterverband¹⁰⁾ geschaffen. Es setzt sich zusammen aus dem verbandsinternen Recht (den Verbandsstatuten) und dem Interverbandsrecht (Interessenvertrag). Dieses Verbandsrecht bildet insofern „zwingendes“¹¹⁾ Recht, als eine Umgehung ausgeschlossen ist. Die Eröffnung eines Lichtspieltheaters erfordert u. a. den Nachweis, daß am betreffenden Ort ein Bedürfnis nach einem Theater besteht, andernfalls wird das betreffende Theater nicht in den Verband aufgenommen¹²⁾. Die Frage aber, ob ein Bedürfnis für ein neues Lichtspieltheater bestehe oder nicht, entscheidet in erster Instanz der Verband selber¹³⁾, in zweiter Instanz eine sog. paritätische Kommission¹⁴⁾.

⁹⁾ Vgl. Hans Huber, *Freier Bürger und freie Persönlichkeit*, 1944.

¹⁰⁾ Um eine unnötige Komplizierung zu vermeiden, übergehen wir, daß das Lichtspieltheatergewerbe sich in zwei Verbände gliedert, da unsere Ausführungen für beide Verbände analoge Bedeutung haben.

¹¹⁾ D. h. „zwingendes Recht“ nur in einer übertragenen Bedeutung, es ist lediglich faktisch zwingend, kann aber als privatrechtliche Vereinbarung selbstverständlich kein zwingendes Recht im juristischen Sinne bilden.

¹²⁾ Nach Art. 20 der Statuten kann Aktivmitglied sein, wer ein oder mehrere Lichtspieltheater oder Reisekino-Unternehmen betreibt. Nach Art. 8 besitzt jedes vom Verband anerkannte Theater eine Stimme, und es darf nach Art. 21 auch ein Verbandsmitglied ohne Bewilligung des Verbandes kein neues Kino eröffnen oder auch nur sein bestehendes dislozieren oder vergrößern.

¹³⁾ Nach Art. 28 der Statuten entscheidet der Vorstand endgültig über Aufnahmen. Eine allfällige Ablehnung erfolgt ohne Begründung (Art. 28 Abs. 4 behält dann noch das Verfahren nach Interessenvertrag vor). Eine so weit-

Es soll anhand einiger, stark gekürzter Beispiele gezeigt werden, wie die Bedürfnisklausel im Filmgewerbe von der paritätischen Kommission gehandhabt wird.

1. Beispiel: Am 21. Mai 1948 hatte die paritätische Kommission drei Aufnahmegesuche für drei neue Theater in Zürich (mit 670, 420 und 480 Plätzen) zu erledigen. Alle drei Lichtspieltheater wurden bewilligt. Der Begründung entnehmen wir: Es ist eine Erfahrungstatsache, daß rund 50 Plätze auf 1000 Einwohner für Ortschaften der deutschsprachigen Schweiz dem Bedürfnis entsprechen. Diese Zahl wird für Zürich nach Bau der drei geplanten Theater erreicht.

Die Einwohnerzahl Zürichs stieg von 316000 im Jahre 1935 auf 370000 im Jahre 1947, also um 54000. Zürich wurde der wirtschaftliche und industrielle Mittelpunkt der Schweiz. Diese Entwicklung zeitigte günstige Auswirkungen auf das Lichtspieltheatergewerbe. Nach den Angaben des Gewerbepolizei-Kommissariates der Stadt Zürich betrugen die von der städtischen Theatern abgelieferten Billettsteuern im Jahre 1935 Fr. 462824.—, im Jahre 1947 dagegen Fr. 926155.—. Während der Kriegsjahre allein, d. h. von 1939—1945, betrug die Zunahme rund Fr. 205000.—.

Mit dieser beträchtlichen Zunahme des Theaterbesuches hat die Vergrößerung des Platzangebotes nicht Schritt gehalten. 1935 bestanden in Zürich 27 Theater mit 16210 Sitzplätzen, 1947 29 Theater mit 17916 Plätzen. Dem Bevölkerungszuwachs von 54000 steht somit nur eine Erhöhung des Platzangebotes von 1700 Plätzen gegenüber. Das Bedürfnis kann daher für alle drei Theater bejaht werden.

Zu Gunsten des Aufnahmegesuches spricht auch die Erwägung, daß die Einrichtung neuzeitlicher Theater in bestimmten Zeitabständen sowohl einem Bedürfnis der Öffentlichkeit als auch des Filmgewerbes selbst entspricht. Mit den Bestrebungen, die auf technische und künstlerische Verbesserungen des Filmes abzielen, muß auch die Neugestaltung der Vorführungseinrichtungen einigermaßen Schritt halten, wenn die Entwicklung des gesamten Filmschaffens nicht gehemmt werden soll.

Die drei geplanten Theater sollen in Neubauten zu stehen kommen. Mit der Zeit wird im Raum des Stadtkerns kaum mehr Platz für derartige Theater zu finden sein. Die Gelegenheit, der Stadt Zürich neuzeitliche Theater in der für sie erfahrungsgemäß bestimmten Zone zu verschaffen,

gehende Verbandsautonomie (sind doch Aufnahme und Ausschluß von Mitgliedern jeder richterlichen Überprüfung entzogen) zeitigt große Gefahren für die Wirtschaftsfreiheit, besonders dort, wo die Berufsausübung von der Verbandszugehörigkeit abhängt.

¹⁴⁾ Vgl. Art. 24 des Interessenvertrages und Anm. 16. Die Paritätische Kommission mit Sitz in Zürich besteht aus zwei oder drei Mitgliedern des FVV und gleichvielen Mitgliedern des SLV und einem neutralen Obmann, in der Regel einem Bundesrichter.

darf daher nicht versäumt werden, wenn nicht zwingende Gründe dies erfordern. Diese können z. B. darin liegen, daß durch die neuen Theater bestehende gefährdet werden.

Alle drei Bewerber sind Fachleute¹⁵⁾. Gegen die Theaterprojekte und Betriebsbudgets sind keine Einwendungen zu erheben.

Mit der Bewilligung dieser drei Theater wird das Bedürfnis für Zürich, zum mindesten für mehrere Jahre, befriedigt sein. Es werden keine Bewilligungen mehr erteilt, solange die Entwicklung der nächsten Jahre nicht beurteilt werden kann.

2. Beispiel: Mit Beschluß vom 5. Mai 1949 wurde ein Aufnahmegesuch des M. G. für ein neues Theater in Basel aus folgenden Gründen abgewiesen:

An und für sich ist das Bedürfnis für eine Sitzplatzvermehrung für die Stadt Basel zu bejahen. Die Frage aber, ob das projektierte Theater an dieser Vermehrung teilnehmen soll, muß von vorneherein verneint werden, weil die Existenzfähigkeit des vom Gesuchsteller geplanten Theaters nicht angenommen werden kann. Die Kommission hat sich in früheren Entscheidungen stets an den Grundsatz gehalten, daß sie die Rentabilität der ihr vorgelegten Theaterprojekte zu prüfen habe. Denn das ganze Filmgewerbe spürt nachteilige Auswirkungen, wenn finanziell nicht lebensfähige Unternehmen entstehen, die mit allen möglichen Mitteln versuchen müssen, sich über Wasser zu halten.

Die Existenzfähigkeit ist aus folgenden Gründen zu verneinen. Das projektierte Theater ist vom eigentlichen Vergnügungszentrum abgelegen. Erfahrungsgemäß ist aber der Zug nach dem Vergnügungszentrum stärker als die beste Werbung. So kann z. B. festgestellt werden, daß selbst die gesteigerte Werbung eines Theaters für einen Spitzenfilm den mit weniger zügigen Programmen arbeitenden benachbarten Theatern nicht unbedingt Kundschaft entzieht, sondern sehr häufig zusätzliche Besucher verschafft. Dies erklärt sich daraus, daß, wenn der Besucher schon „in der Stadt ist“ und die Plätze im gewünschten Theater ausverkauft sind, er ins nächste Theater geht.

Ein Theater mit 750 Plätzen braucht eine jährliche Mindesteinnahme von Fr. 500000. Dies ist aber beim projektierten Theater unmöglich: das Gesuch ist deshalb abzuweisen.

3. Beispiel: Mit Beschluß vom 6. Mai 1949 wird das Aufnahmegesuch des S. B. für ein neues Theater von 300 Plätzen in Richterswil abgewiesen. Opponent ist der Besitzer des Lichtspieltheaters in Wädenswil, welcher einen Ausfall befürchtet.

Laut Bestätigung der Gemeindekanzlei vom 11. Jan. 1949 besitzt Richterswil rund 5000 Einwohner. In zahlreichen Ortschaften mit 5000 und

¹⁵⁾ Sie besitzen schon Lichtspieltheater auf dem Gebiete der Stadt Zürich.

weniger Einwohnern befinden sich lebensfähige Theaterbetriebe. Dennoch ist immer eine Prüfung der besonderen örtlichen Verhältnisse nötig.

Zu Richterswil gehört Samstagnen mit 800 Einwohnern, welches $\frac{3}{4}$ Wegstunden entfernt liegt und keine Bahn- oder Postverbindung besitzt. Der steile Rückweg verunmöglicht aber den Kinobesuchern aus Samstagnen auch die Heimfahrt mit dem Velo. Dazu ist Zürich mit seinen günstigen Zugverbindungen und der großen Anzahl von Theatern einem Betrieb in Richterswil nachteilig. Das benachbarte größere Wädenswil übt auch eine größere Anziehungskraft aus als Richterswil. Außerdem läuft neben Richterswil die Konfessionsgrenze durch. Die Gemeinden Bäch, Freienbach und Wollerau liegen in Schwyz und gehören zum Kloster Einsiedeln. Für sie sind die Kinos von Einsiedeln und Rapperswil maßgebend. Außerdem besitzt Wollerau, die größte der genannten Gemeinden, keine direkte Verbindung mit Richterswil.

In Anbetracht dieser Sachlage besteht für Richterswil kein Bedürfnis für ein eigenes Lichtspieltheater. Ein solches würde auch keine Existenzgrundlage besitzen. Dagegen ist das Lichtspieltheater von Wädenswil rentabel. Bei einer neuzeitlichen Renovation könnten die Einnahmen noch um rund fünfzig Prozent gesteigert werden. Das Budget des projektierten Theaters in Richterswil dagegen setzt die Ausgaben zu niedrig ein, außerdem ist die Bausumme von nur Fr. 264000.— statt Fr. 300000.— zu knapp berechnet.

Der Gesuchsteller besitzt ein gutgehendes Photogeschäft in K., es besteht für ihn kein Grund zur Geschäftsaufgabe.

* * *

Diesen Beschlüssen der Paritätischen Kommission kommt entscheidende Bedeutung zu, denn es ist vollkommen ausgeschlossen, ohne dem Verband anzugehören, ein Lichtspieltheater zu leiten. Die vorzuführen Filme kann der einzelne Lichtspieltheaterbesitzer nur von einem Filmverleiher erlangen. Zwischen dem Filmverleiher- und dem Lichtspieltheaterverband besteht aber ein Interessenvertrag¹⁶⁾, der vorsieht, daß Filme von Ver-

¹⁶⁾ Der erste Interessenvertrag wurde am 1. Juli 1935 abgeschlossen. Der heute geltende Interessenvertrag datiert vom 31. Mai 1939 und besitzt Geltung bis zum 31. Dez. 1953. Er möchte, wie schon der Name sagt, die gemeinsamen Interessen der Mitglieder wahrnehmen. Als im gemeinsamen Interesse liegend wird besonders angesehen, eine tragbare Regelung des Filmbetriebes, der Theatermieten und Eintrittspreise, sowie der *Schutz des Kinogewerbes gegen Auswüchse und Konkurrenz jeder Art* (vgl. Art. 1 Abs. 3). Dem ersten Interessenvertrag kurz vorausgegangen ist eine Eingabe des SLV an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement, es möge zur Sanierung des Kinogewerbes ein Kinobauverbot erlassen werden, analog dem Hotelbauverbot und dem Verbot zur Öffnung von Warenhäusern und Filialgeschäften (vgl. Protokoll der vom Eidg. Dep. d. Inn. einberufenen Konferenz über die Lage im schweiz. Filmwesen v.

leihen nur an Verbandstheater abgegeben und von diesen nur bei Verleiher bezogen werden können¹⁷⁾. Der einzelne Lichtspieltheaterbesitzer kann aber auch nicht den Filmverleih umgehen, d. h. Filme direkt importieren oder einen eigenen Filmverleih eröffnen. Für den Filmverleih besteht nämlich in Form der Filmkontingentierung wiederum eine strenge Bedürfnisklausel. Abgesehen davon geraten Filme, welche in einem dissidenten Theater gezeigt werden, nach dem Interessenvertrag in Verruf und dürfen während fünf Jahren in keinem anderen Theater vorgeführt werden. Es kann somit nicht im Interesse eines Produzenten liegen, Filme an ein dissidentes Theater zu liefern, um sie dem Boykott aller übrigen Kinos auszusetzen¹⁸⁾.

Gleichzeitig mit der Bedürfnisklausel führte der Interessenvertrag einen Mieterschutz ein, damit nicht (nachdem durch die Bedürfnisklausel die Nachfrage nach Lichtspieltheatern gesteigert wurde) die Hauseigentümer die Mietzinse für Kinolokalitäten erhöhen und der Kaufpreis der Kinoobjekte entsprechend steigen würde. Nach Art. 18 des Interessenvertrages kann ein Theaterinhaber, dem sein Theater entzogen werden soll (z. B. durch ordentliche Kündigung nach Ablauf des Mietvertrages), an die Paritätische Kommission gelangen. Hat der Theaterinhaber zu keiner ernstlichen Aussetzung Anlaß gegeben und verpflichtet er sich, die von der Paritätischen Kommission als angemessen bezeichnete Miete zu entrichten, so wird kein Nachfolger als Verbandsmitglied anerkannt und dadurch die Weiterführung eines Kinos an diesem Ort jedem anderen verunmöglicht.

Folgende drei Faktoren ermöglichten somit die Aufhebung der HGF im Filmgewerbe:

1. Die straffe Verbandsordnung innerhalb und zwischen den einzelnen filmwirtschaftlichen Verbänden.

2. Das öffentliche Recht (Filmkontingentierung)¹⁹⁾.

3. Juli 1935, in Schw. Film, Sept. 1936, S. 7 ff.). Der BR zögerte, von seinen Vollmachten Gebrauch zu machen, vermittelte aber das Zustandekommen des Interessenvertrages.

¹⁷⁾ Art. 6 des Interessenvertrages.

¹⁸⁾ Vgl. Art. 8 des Interessenvertrages. Abs. 3 verbietet auch nach Ablauf der fünfjährigen Frist den Verleiher, Filme an Dissidente zu vermieten, zu verkaufen oder sonstwie zu vermitteln.

¹⁹⁾ Auch der Interessenvertrag ist nur durch Vermittlung des BR's zustandekommen. Der BR ließ außerdem eine Vollmachtenvorlage ausarbeiten, von welcher er nur nicht Gebrauch machte, „solange die bestehenden Verträge zwischen Verleiher und Kinobesitzern gut funktionieren“. Der BR betonte dabei: „Aber die Vorlage ist da, und wenn es nötig sein sollte im Interesse der Sicherheit des Landes, dann würden wir von den Vollmachten Gebrauch machen“. (Äußerungen BR Etter im StR am 21. Sept. 1943.) Heute ist ein Gesetzesentwurf ausgearbeitet, welcher eine subsidiäre staatl. Bedürfnisklausel für alle Sparten des Filmgewerbes vorsieht (vgl. S. 161).

3. Die besondere Beschaffenheit des Filmes (Fehlen einer ins Gewicht fallenden einheimischen Filmproduktion, und vor allem das Erfordernis einer den hohen Kosten angemessenen Verbreitung jedes Filmes).

3. Der ungenügende Schutz der privatrechtlichen HGF im Filmgewerbe

Öffentliches Recht und Privatrecht stehen in einer Wechselbeziehung zu einander, die besonders deutlich auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens hervortritt. Die verfassungsrechtliche HGF ist undenkbar ohne eine äquivalente privatrechtliche Freiheit, ohne das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Tätigkeit. Umgekehrt wird ein Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Tätigkeit ohne öffentlich-rechtliche HGF zur hohlen Phrase. Das eine Recht bildet zum anderen eine *conditio sine qua non*, beide haben dieselbe ideologische Grundlage²⁰): die Achtung vor dem Menschen als Individuum, und beide haben dementsprechend dieselbe Voraussetzung: eine freiheitliche Rechtsordnung²¹).

Die Freiheit kann keine unbeschränkte sein (unbeschränkte Freiheit ist Anarchie), sondern die öffentlich-rechtliche HGF findet ihre natürliche Grenze im öffentlichen Interesse, die privatrechtliche HGF dagegen im Persönlichkeitsrecht der Mitbürger. Das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Erwerbstätigkeit fordert eine Vertragsfreiheit (Freiheit der Vertragsabschlüsse, Freiheit der Wahl des Vertragspartners, Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhaltes). Die HGF bedeutet nicht nur Freiheit vom Staat, sondern sie verkörpert auch ein ökonomisches Prinzip, den freien Leistungswettbewerb. Sie kann deshalb nicht den Sinn haben, daß die privaten Wirtschaftssubjekte in rigoroser Weise ihrerseits diesen freien Leistungswettbewerb unterdrücken dürfen. Die wirtschaftliche Vertragsfreiheit kann sinnvollerweise nur so weit gewährleistet sein, als sie dem freien Wirtschaftswettbewerb als Leistungswettbewerb dient. Verträge, welche den freien Leistungswettbewerb und die freie Konkurrenz auszuschalten bezwecken, sollten logischerweise nichtig und konsequenterweise unter öffentlich-rechtliche Strafe gestellt sein.

Was nützt es, in der Verfassung ein oberstes Wirtschaftsprinzip aufzustellen, ohne diesem den nötigen Schutz zu gewähren? Heute, wo die funktionelle und materielle Bedeutung der HGF für die Demokratie fast allgemein anerkannt wird, wo die Gefahren einer Machtkonzentration in privaten oder öffentlichen Händen deutlich sichtbar werden, sollte es ein selbstverständliches Erfordernis sein, die wirtschaftliche Freiheit nicht nur gegen

²⁰) Vgl. auch Oftinger, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in SJZ 37, 225ff., ferner Egger, Über die Rechtsethik des schw. ZGB S. 14ff. u. S. 152ff., Bürgi, Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach schw. Privatrecht, ZSR 66/S. 2—3.

²¹) Vgl. im übrigen die eingehenden Ausführungen im I. Teil, S. 27ff.

den Staat, sondern auch gegen die privaten Machtentfaltungen zu schützen: denn diese bedrohen die wirtschaftliche Freiheit in weit größerem Maße als der Staat.

Diese Machtkonzentration in privaten Händen ist für die Demokratie weitaus verderblicher als staatliche Eingriffe in die HGF: denn die staatlichen Eingriffe in die HGF haben nach Art. 32 BV auf dem Gesetzgebungsweg zu erfolgen, d. h. sie müssen von der Mehrheit des Volkes ausdrücklich oder stillschweigend sanktioniert werden. Die modernen Zünfte dagegen sind keineswegs demokratisch, ihr Zweck besteht ja gerade darin (wenigstens soweit sie numerus clausus und Bedürfnisklausel der alten Zünfte wieder einführen), die Mehrheit des Volkes zugunsten einer fest umrissenen Minderheit von der Ausübung des gleichen Berufes fernzuhalten. Häufig sind diese Berufsverbände auch intern nicht demokratisch, sondern diktatorisch geleitet, indem sie dem Vorstand derart umfassende Kompetenzen erteilen, daß man von einer Generalvollmacht sprechen kann. So beschränkt sich im SLV die Tätigkeit der Verbandsmitglieder zur Hauptsache auf die Wahl des Vorstandes (des Sekretärs und des Obmanns des Verbandsgerichts) und auf Beschlüsse betr. Statutenänderung (ferner Abnahme des Jahres- und Rechnungsberichtes, Décharge-Erteilung)²²). Der Vorstand dagegen entscheidet über Aufnahme²³) und Ausschluß²⁴), über Vergrößerung oder Verlegung eines Theaters²⁵), über Höhe des Eintrittsgeldes und Gebühren nach freiem Ermessen²⁶). Außerdem handhabt er das Verbandsstrafrecht²⁷).

Das Wort „Verbandsdiktatur“ umschreibt diese totalitäre Verbandstätigkeit, welche sich sowohl intern als auch extern auswirkt. Diesen Charakterzug der Berufsverbände unterstreicht Hans Huber in seiner Abhand-

²²) Vgl. Statuten Art. 7 Kompetenzen der Generalversammlung.

²³) Art. 28, der Statuten des SLV.

²⁴) Art. 30, der Statuten des SLV.

²⁵) Art. 21, der Statuten des SLV.

²⁶) Art. 33, der Statuten des SLV.

²⁷) Art. 43 Abs. 4 bestimmt ferner: „Vom Vorstand beschlossene Verbandsbußen bis zum Betrage von Fr. 200. sind rechtskräftig und können weder an das Verbandsgericht noch an die ordentlichen Gerichte weitergezogen werden“. Die weiteren Sanktionen des Vorstandes (Bußen bis Fr. 5000. - und Suspendierung der Mitgliedschaft) können vor ein Verbandsgericht gebracht werden. Dessen Entscheidungen sind nach Art. 18 „endgültig und können nicht an die ordentlichen Gerichte weitergezogen werden“. (Diese Bestimmung ist unhaltbar, soweit sie auch die Nichtigkeitsbeschwerde ans Obergericht ausschließen möchte. Diese steht nach wie vor gegen jedes Urteil des Verbandsgerichtes den Mitgliedern offen.) (Auch widerspricht Art. 29 der Statuten, welcher eine dreijährige Kündigungsfrist für den Austritt vorsieht, dem zwingenden Recht des Art. 70 Abs. 3 ZGB und ist deshalb nichtig. Der Austritt kann jederzeit unter Innehaltung einer halbjährigen Kündigungsfrist auf das Ende des Kalenderjahres erfolgen.)

lung „Verbandsrecht und staatliches Recht“²⁸⁾: „... Die neuen Konkurrenten des Gesetzes haben keine demokratische Herkunft, daher bleibt ihre Legitimation fragwürdig. Sie sind jedoch stark genug, die politischen Einrichtungen zu erschüttern oder zu wandeln. Sie sind nicht wie das Gesetz Garanten der Rechtsgleichheit, sondern sie fördern ihrem Wesen nach die Ungleichheit...“²⁹⁾.

Es ist aber offensichtlich nicht richtig, wenn die freiheitliche Wirtschaftsverfassung nur noch auf dem Papier steht, in Tat und Wahrheit aber Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit vom Willen übermächtiger Körperschaften abhängen.

Die neuen Wirtschaftsartikel räumen den Berufsverbänden eine maßgebliche Rolle ein. Es sei u. a. verwiesen auf BV Art. 31 bis Abs. 4/5, Art. 31 quinquies, Art. 32 Abs. 3³⁰⁾, Art. 34ter lit. c und Art. 34 quinquies Abs. 2. Aber gerade der Umstand, daß die Verfassung den Berufsverbänden ein ihrer Bedeutung als Vertreter der einzelnen Wirtschaftszweige und Berufe adäquates Mitspracherecht sichert, bringt für sie andererseits auch die Verpflichtung, sich im Rahmen der Verfassung zu halten. Die Koalitionsfreiheit (Assoziationsfreiheit) kann nur soweit gegeben sein, als sie nicht dem Grundsatz der HGF widerspricht. Dieser Grundsatz steht noch immer an der Spitze der Wirtschaftsartikel, und alle Abweichungen von ihm bedeuten nur die Ausnahme. Unter keinen Umständen dürfen die Berufsverbände *numerus clausus* und Bedürfnisklausel wieder einführen. Dies kommt in folgenden Worten des BR's, in seiner Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln³¹⁾, deutlich zum Ausdruck: „Um exklusive Tendenzen zu verhindern, muß der Zutritt jedem Berufsangehörigen offenstehen, der die Aufnahmebedingungen erfüllt“. Wird aber die Bedürfnisklausel durch Verbandsrecht eingeführt, so haben die Verbände tatsächlich auf Verfassungsstufe legiferiert. Es liegt dies auf der Linie der Verwirtschaftlichung der Politik und des Untergangs der demokratischen Einrichtungen.

Die Berufsverbände und Kartelle sind heute mächtige autonome Körperschaften, die vielfach an Macht und Finanzen selbst staatliche Körper-

²⁸⁾ Vgl. Zbl. 50 S. 54.

²⁹⁾ Die Kritik bei Naegeli a.a.O. S. 207 an den Ausführungen Hubers beschränkt sich auf die Verteidigung der Gesamtarbeitsverträge (GAV), ohne des weiteren auf die Stellung der Verbände im öffentlichen Recht einzugehen. Ein Eintreten auf diese Kritik erübrigt sich hier deshalb, weil die Ausführungen Hubers sich in keiner Weise auf die GAV beschränken und offensichtlich für eine Verbandstätigkeit, wie wir sie oben gezeigt haben, vollumfänglich Geltung besitzen.

³⁰⁾ Hans Huber (a.a.O. S. 58) macht hier auf den für die Verwischung zwischen öffentlicher und privater Sphäre symptomatischen unrichtigen Sprachgebrauch aufmerksam, „denn zuständig sind Behörden, nicht private Verbände“.

³¹⁾ BBl 1937 II S. 855.

schaften (wie z. B. manche Gemeinde) übertreffen. Im Gegensatz aber zu den staatlichen Körperschaften unterstehen die Berufsverbände keinerlei Überwachung. Wo die Verbände übermarchen und an Stelle der Verfassung das Faustrecht³²⁾ setzen, sollte deshalb dem Einzelnen auch die Möglichkeit gegeben werden, seine Freiheit durch direkte Beschwerde ans Bger (analog der staatsrechtlichen Beschwerde) zu schützen, anstatt daß ihm nur der kostspielige und in seinem Endeffekt meist unbefriedigende Weg des ungekürzten (Erschöpfung des kant. Instanzenzugs) Zivilprozesses offen steht. Die Erfüllung dieser Forderung scheint aus folgenden Gründen besonders notwendig und berechtigt:

1. Den Verbänden werden in immer höherem Maße öffentlich-rechtliche Aufgaben übertragen, und ihre Machtstellung beruht dementsprechend häufig auf Unterstützung durch öffentlich-rechtliche Normen.

2. Durch ein Übermarchen der Verbände wird nicht nur Privatrecht, sondern die Verfassung (die Freiheitsrechte) verletzt: die HGF wird effektiv illusorisch³³⁾.

3. Die Verbände stellen sich selbst außerhalb des Privatrechts. Das Privatrecht zeugt seinem Charakter nach subjektives Recht, demgemäß müssen die Verträge individuellen Beziehungen dienen. Die Verbände mißbrauchen aber die Vertragsfreiheit, um durch generelle Normen ein Wirtschaftsgebiet zu regeln. So gibt Art. 3 lit. c der Statuten des SLV *expressis verbis* die „Aufstellung genereller Normen“ für das Lichtspieltheatergewerbe als Verbandszweck an. Die Rechtssetzungskompetenz muß aber im Rechtsstaate dem Staate vorbehalten bleiben.

4. Die Verbände sind viel mächtiger und finanzkräftiger³⁴⁾ als der Einzelne, und die Gefahr ist naheliegend (nachdem dieselben keinerlei Über-

³²⁾ So BGE 57 II 345: „Auch hier braucht man sich nur die Konsequenzen zu vergegenwärtigen, um einzusehen, daß ein solches Vorgehen an das Faustrecht erinnert...“.

³³⁾ Diese Entwicklung bringt deutlich auch die Botschaft des BR's zu den n. W. A. (BBl 1937 II 849) zum Ausdruck: „Durch diese privaten Abmachungen ist die HGF faktisch weitgehend außer Kraft gesetzt worden“.

³⁴⁾ Die Verbände walzen die Kosten auf sämtliche Verbandsmitglieder ab. Vgl. Beschluß des SLV v. 5./6. Okt. 1943:

1. Die Mitglieder des SLV sind verpflichtet, Sonderbeiträge zur Äufnung eines Kampffonds zu bezahlen, welcher insbesondere für die Bezahlung von Prozeßkosten und Schadenersatzbeträgen bestimmt ist, die sich aus Boykottprozessen gegen den SLV ergeben können. Diese Sonderbeiträge werden vom Vorstand festgesetzt.

2. Zur Deckung der Prozeßkosten und zur Bezahlung allfälliger Schadenersatz-Forderungen wegen Boykotts müssen vom Vorstand Sonderbeiträge erhoben werden, und zwar in dem Umfange, als es die Deckung dieser Kosten, die nicht aus dem Kampffonds bezahlt werden können, erfordert. Die Mitglieder sind verpflichtet, diese Nachschuß-Beiträge zu bezahlen.

wachung und Kontrolle unterliegen), daß sie diese Macht für ihre Sonderinteressen mißbrauchen. Der Schutz der HGF im Privatrecht hat sich als ungenügend erwiesen.

4. Die Verbandsordnung im Filmgewerbe im Lichte der bundesgerichtlichen Boykottpraxis³⁵⁾

Das vorhergehende Kapitel sollte am Beispiel des Filmgewerbes (mit seiner straffen Verbandsordnung) zeigen, daß es nicht länger möglich ist, die Fiktion aufrechtzuerhalten, Verband und Individuum stünden einander im Privatrecht gleichwertig gegenüber. Die Verbandstätigkeit ist keine Betätigung des Persönlichkeitsrechts. Ein so weit gehendes *kollektives* Persönlichkeitsrecht erscheint beim ausgesprochen subjektiven Charakter dieses Rechts sinnwidrig³⁶⁾. Schon an und für sich ist die Annahme eines kollektiven Persönlichkeitsrechts problematisch, aber bestimmt läuft eine Delegation zu dessen Ausübung und Geltendmachung durch Blankovollmacht an Verbandsvorstand und Schiedsgericht dem höchstpersönlichen Charakter dieses Rechts zuwider. Somit kann aber auch nicht das Verbandsrecht die natürliche Grenze des Persönlichkeitsrechts von Dritten bilden. (Die Einführung einer Bedürfnisklausel durch Verbandsrecht ist nicht Ausdruck der Betätigung des Persönlichkeitsrechts der einzelnen Verbandsmitglieder.) Das Verbandsrecht wächst heute aus dem Rahmen des Privatrechts heraus, und demgemäß erscheint der Schutz der HGF allein durch das Privatrecht diesem Verbandsrecht gegenüber ungenügend.

Wie stellt sich nun die Verbandsordnung im Filmgewerbe im Lichte der bger Boykottpraxis? In der bger Judikatur spiegelt sich die enorme Wandlung, welche die Beurteilung des Boykotts im Laufe der Zeit erfuhr. Sie ist

³⁵⁾ Vgl. die ausführliche Darstellung von Hans Möhr. Dieser prüft die Frage der Zulässigkeit der Boykottabmachungen der filmwirtschaftlichen Verbände in der Hauptsache von den Art. 28 ZGB und 41 OR aus. Er kommt zum Schluß, daß die Verbandsordnung der Interessenverträge, gemäß der geltenden Rechtsordnung, an und für sich zulässig sind, wobei aber für jeden Einzelfall die Frage zu prüfen ist, ob der Boykott in Wahrung berechtigter Interessen erfolgte. Hierbei sei von der Formel vom richtigen Mittel zum richtigen Zweck auszugehen, d. h. sowohl Mittel als auch Zweck dürfen Treu und Glauben nicht verletzen, außerdem muß das Mittel zweckproportional sein.

Dies ist nichts anderes als die allg. Boykottformel des Bger's. M. E. läßt sich, unter Zugrundelegung der bger Formel, aus der Verfassung ein Kriterium gewinnen, inwieweit im Filmgewerbe Boykottmaßnahmen sich noch innert den Grenzen von Recht und guten Sitten bewegen. Deshalb muß hier auf diese weitgehend privatrechtliche Frage kurz eingetreten werden.

³⁶⁾ Unter Umständen auch rechtswidrig, doch würde es zu weit führen, hier die Frage zu untersuchen, inwiefern die Verbandsstatuten ZGB Art. 27 Abs. 2 verletzen.

ein getreuer Spiegel der Abwertung, welche die HGF in den letzten fünfzig Jahren erlebt hat. Es muß dabei betont werden, daß diese Wandlung stattfand, obwohl das Bger es von jeher ablehnte, das wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht unter dem Gesichtspunkt der öffentlich-rechtlichen HGF zu beurteilen.

Um die Jahrhundertwende leitete das Bger aus dem wirtschaftlichen Persönlichkeitsrecht einen Anspruch auf ungestörte Ausübung des Gewerbes her. Dementsprechend wurde der Boykott in weitestgehendem Maße als unerlaubt bezeichnet³⁷⁾. In der Folge wurde hierauf die Frage der Zulässigkeit des Boykotts nach dem Kriterium beantwortet, ob derselbe geeignet sei, die wirtschaftliche Persönlichkeit des Angegriffenen zu vernichten³⁸⁾.

Seit rund fünfundzwanzig Jahren³⁹⁾ nimmt nun das Bger den Standpunkt ein, daß der Boykott⁴⁰⁾ ein an und für sich statthaftes Kampfmittel im Wirtschaftsleben darstelle. Er wird (nach seither konstanter bger Praxis) erst dann unzulässig, wenn der mit ihm verfolgte Zweck oder die angewandten Mittel rechtswidrig sind oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wenn zwischen dem erstrebten Vorteil und dem Schaden, den der von der Maßnahme Betroffene erleidet, ein offenes Mißverhältnis besteht⁴¹⁾.

Wenn man von der Richtigkeit der Formel des Bger's ausgeht, so bietet diese Formel allein dennoch keine erschöpfende Handhabe zur Beantwortung der Frage, ob im konkreten Falle Kartellverabredungen, Verbandsstatuten, Verbandsbeschlüsse etc., welche den Boykottatbestand erfüllen, zulässig sind. Es müssen vielmehr noch Richtlinien aufgestellt werden, wann Kartellverabredungen durch ihren verfolgten Zweck oder die angewandten Mittel gegen die guten Sitten verstoßen und nicht mehr zweckproportional sind. Es sind dies Tatbestände, bei welchen das richterliche Ermessen weiten Spielraum besitzt, wie denn auch der Begriff der guten Sitten außerordentlich vage ist. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit besteht hier ein Bedürfnis zur Präzisierung. Es ist aber nicht einzusehen,

³⁷⁾ BGE 22, 175.

³⁸⁾ BGE 32 II 360.

³⁹⁾ Erstmals BGE 51 II 525 (vom 26. Nov. 1925).

⁴⁰⁾ „Boykott ist (nach Oser, Kommentar OR S. 288) der von einer Mehrheit selbst oder auf ihre Veranlassung durch eine andere Mehrzahl durchgeführte, bewußt gemeinsame Abbruch oder Nichtaufnahme wirtschaftlicher Beziehungen gegenüber einer oder mehreren anderen Personen, um diese durch die hieraus entstehende Schädigung zu bestimmtem Handeln oder Unterlassen zu bewegen oder sie zu strafen“. Vgl. ferner für den Boykottbegriff: F. A. Huber, Die wirtschaftl. Folgen des Boykotts, Diss. Bern 1934, S. 6, Möhr S. 42 und dortige Literaturangabe. Über die Entwicklung der Rechtsprechung vgl. insbesondere BGE 56 II 435 und 57 II 341, ferner Bolla, Il boicottaggio nel diritto civile svizzero, ZSR 46, 230a.

⁴¹⁾ Vgl. etwa BGE 53 II 171, 56 II 435, 57 II 270, 62 II 105, 69 II 82, 73 II 65. Ferner Kommentar Oser, Schönenberger OR I. Teil S. 288ff. No. 40-51.

warum diese Richtlinien nicht aus der verfassungsrechtlichen HGF gewonnen werden dürfen. Wenn auch der Adressat der öffentlich-rechtlichen HGF nur der Staat sein kann, so hindert dies keineswegs, daß der Bundesgesetzgeber (d. h. hier der Privatrechtsgesetzgeber) sich an die HGF halten muß. Die Privatautonomie kann logischerweise nur soweit gegeben sein, als sie nicht dem Sinn der HGF offensichtlich entgegenläuft. Dies gilt aber nicht nur für die Vertragsfreiheit, sondern auch für die Koalitionsfreiheit, soweit diese wirtschaftlichen Zwecken dient. Die Koalitionsfreiheit leitet sich zwar aus der Vereinsfreiheit (BV Art. 56) ab, aber sie untersteht, sofern sie wirtschaftlich begründet ist, dem Schutze der HGF und muß sich demgemäß, analog der Vertragsfreiheit, in den sinngemäßen Grenzen dieses Freiheitsrechtes halten. (Die Vereinsfreiheit in ihrem ursprünglichen Sinne ist ein rein politisches Recht, welches die freie Meinungsäußerung garantieren will, weshalb sich wirtschaftliche Vereinigungen, wie Kartelle und Berufsverbände, nicht auf sie berufen können.)

Die HGF fordert einerseits eine Privatautonomie, andererseits darf aber diese Privatautonomie nicht von Einzelnen dazu mißbraucht werden, die wirtschaftliche Freiheit der übrigen zu verunmöglichen. Es besteht also eine Pflicht des Bundesgesetzgebers, die Privatautonomie soweit zu beschränken, daß das System der freien Konkurrenz (welches der eigentliche Ausdruck der HGF bildet) überhaupt funktionieren kann. Es ist zu hoffen, daß endlich auch in der Schweiz die dringend notwendige Kartell- und Boykottgesetzgebung verwirklicht wird! Das Vertrauen des Volkes in die Verfassung wird untergraben, wenn der Bürger durch private Vereinbarungen in der Ausübung seiner verfassungsmäßigen Rechte gehindert werden kann.

Es kann aber auch schon heute keine Rede davon sein, daß Boykott- und Kartellverabredungen unbeschränkt zulässig sind. Im Interesse einer scharfen Grenzziehung zwischen zulässigem und unzulässigem Boykott und somit im Interesse der Rechtssicherheit stellt sich hier wiederum die Forderung nach einer Kartellgesetzgebung. (Es fragt sich dabei, ob eine allgemeine Kartellgesetzgebung durch Normen des öffentlichen Rechts auf Grund von Art. 31 bis Abs. 3 lit. dBV oder durch Ausbau des Privatrechts geschaffen werden soll⁴².)

In der Schweiz, die ja gewissermaßen selber aus einer Genossenschaft herausgewachsen ist, wurde der genossenschaftliche Gedanke — der Gedanke der Solidarität — immer besonders hochgehalten. Es mag sein, daß z. T. in einem falsch verstandenen Solidaritätsgefühl die Ursache liegt, daß die Kartelle und Berufsverbände bei uns eine derartige Ausprägung zu finden vermochten. Die Hauptursache liegt aber nach den eindeutigen Hin-

⁴²) Es liegt in Art. 31 bis lit. dBV eine gewisse Ironie, denn die Maßnahmen gegen Kartelle und ähnliche Organisationen werden dem Schutze der HGF dienen, gelten aber nach Abs. 3 als in Abweichung von der HGF erlassen. Vgl. dagegen Marti S. 174ff.

weisen der meisten Verbandsstatuten darin, daß man die Mühen, Schwierigkeiten und Gefahren des freien Wettbewerbs durch einen „geregelten Wettbewerb“ umgehen will. Diesen geregelten Wettbewerb (welcher der Grundidee der HGF widerspricht) durch Boykottmaßnahmen durchzusetzen, steht, in bestimmten Grenzen, heute noch den Wirtschaftsorganisationen frei.

Welches sind diese Grenzen? Leicht ist die Grenze dort zu ziehen, wo Zweck oder Mittel an und für sich schon die Rechtsordnung verletzen. Einen rechtswidrigen Zweck stellt z. B. Wucher dar⁴³⁾, ein rechtswidriges Mittel die Verleumdung und Beschimpfung.

Schwieriger wird die Unterscheidung zwischen zulässigem und unzulässigem Boykott dort, wo mit dem weiten Begriff der guten Sitten operiert werden muß. Es gibt allerdings auch hier eindeutige sittenwidrige Verhältnisse, so z. B. wenn aus Rache die Existenz eines Mitkonkurrenten vernichtet werden soll.

Sittenwidrig ist aber auch schon ein Vorgehen, bei welchem der erstrebte Vorteil in einem offenbaren Mißverhältnis zum verursachten Schaden steht⁴⁴⁾. Dieses Kriterium der Zweckproportionalität erscheint äußerst problematisch; denn nach welchen Gesichtspunkten sind die verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen? Das Bger hat zu Recht entschieden, daß selbst eine Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz u. U. in Kauf genommen werden muß. „Es besteht kein gesetzlich gewährleistetes Individualrecht auf ungestörte Betätigung der Arbeitskraft“⁴⁵⁾. Ein solcher Schutz der wirtschaftlichen Existenz, wie ein Recht auf Arbeit überhaupt, müßte notgedrungen die HGF beseitigen⁴⁶⁾.

Ein sittenwidriges Mißverhältnis muß aber dann angenommen werden, wenn Kartelle und Berufsverbände ihre Aufgabe nicht mehr in einer Regelung des Wettbewerbs und in einer Bekämpfung der Wettbewerbsauswüchse (Dumping etc.) sehen, sondern Abschließungstendenzen huldigen. Hier muß von einer typischen Entartungserscheinung gesprochen werden⁴⁷⁾. Man stelle sich die Konsequenz vor, wenn den einzelnen Berufsverbänden das Recht eingeräumt würde, die Ausübung des betreffenden Gewerbes vom Bedürfnis abhängig zu machen. Dieses Recht könnte ja aus Gründen der Rechtsgleichheit nicht ein Privileg einzelner Verbände (z. B. nur der filmwirtschaftlichen) bilden, sondern müßte sämtlichen zustehen. Die

⁴³⁾ BGE 40 II 617.

⁴⁴⁾ BGE 51 II 532.

⁴⁵⁾ BGE 51 II 529.

⁴⁶⁾ Art. 118 der Sowjetverfassung: „Die Bürger der UdSSR haben das Recht auf Arbeit, das heißt das Recht auf garantierte Beschäftigung mit Entlohnung ihrer Arbeit nach Menge und Qualität“, besitzt in Art. 12 das notwendige Pendant: „Die Arbeit ist in der UdSSR Pflicht und Ehrensache jedes arbeitsfähigen Bürgers“. Wie diese Pflicht aussieht, ist genugsam bekannt.

⁴⁷⁾ So Egger, Rechtsethik S. 34.

praktische Durchführungsmöglichkeit wäre sozusagen in allen Erwerbszweigen vorhanden. Am leichtesten ließe sich die Bedürfnisklausel in den Branchen verwirklichen, in denen staatliche Eingriffe schon eine gewisse Grundlage hierfür geschaffen haben. So ist beispielsweise auch der Tabak kontingentiert. Die Tabakfabriken besitzen, wie der Filmverleih, eine Monopolstellung. Auch sie könnten mit den Tabakdetallisten-Verbänden die Abmachung treffen, nur an sie zu liefern. Diese hätten dann die Möglichkeit, neue Tabakläden nur nach Maßgabe des Bedürfnisses aufzunehmen. Diese Beispiele lassen sich endlos erweitern⁴⁸⁾. (Schließlich wären derartige „Interessenverträge“ sogar zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden denkbar; denn auch hier würde durch die Einführung der Bedürfnisklausel die finanzielle Lage der Arbeitgeber verbessert, und könnten dementsprechend die Löhne der Arbeitnehmer erhöht werden.) Dies alles müßte unweigerlich zu einer vollkommenen Zunftverfassung führen. Über die Berufszulassung würden Verbandsgerichte entscheiden.

Heute sind fast ausnahmslos alle Berufe und Gewerbe überbesetzt, d. h. eine Sättigung des Bedürfnisses ist sozusagen überall gegeben. Sämtliche Wirtschaftszweige werden aber auch durch Berufsverbände erfaßt⁴⁹⁾, so daß, wenn dieselben durch Verbandsrecht wirklich eine Bedürfnisklausel einführen dürften, als letzte Konsequenz die meisten Erwerbszweige zur freien Berufsausübung gesperrt wären. Es ist aber kein Vorteil der Verbandsangehörigen denkbar, der es rechtfertigen würde, sämtlichen Mitbürgern die freie Berufswahl und Berufsausübung zu verunmöglichen.

Die Berufsverbände müssen sämtlichen Berufsangehörigen, welche die Verbandsstatuten zu befolgen gewillt sind, offenstehen. Erst wenn sich diese nicht an die Konkurrenzregeln halten, können sie durch die Machtmittel der Verbände (Boycott etc.) zur Beobachtung des „geregelten Wettbewerbs“ gezwungen werden. Der Boycott darf seine Begründung nur im Verhalten des Boykottierten, nicht aber allein schon in der Tatsache finden, daß eine weitere Konkurrenz unangenehm oder untragbar scheint.

Die filmwirtschaftlichen Verbände berufen sich gerne darauf, als legitime Vertreter ganzer Berufsstände, im Interesse des Allgemeinwohls zu handeln. Die Einführung der Bedürfnisklausel im Filmgewerbe soll nicht nur aus „gewerbesozialen“ Motiven stattgefunden haben, d. h. zur Rettung „zum größten Teil bescheidenen Einzelexistenzen“⁵⁰⁾, sondern sie soll auch Funktionen des öffentlichen Interesses erfüllen. Diese Funktionen haben, wie betont wird, „in erster Linie dazu geführt, den Grundsatz der Bedürf-

⁴⁸⁾ Bäckereien via Mehlsubvention und Monopolstellung der Mühlen; Uhrenindustrie – Uhrenläden; sämtliche Branchen, die vom Import abhängen durch Kontingentierung und „Interessenvertrag“ der Verbände.

⁴⁹⁾ So BGE 73 II 65: „Nach dem Untergang der Zünfte auf das Privatrecht beschränkt, haben die Berufsverbände insbesondere seit dem industriellen Aufschwung in der Schweiz in allen Wirtschaftszweigen Fuß gefaßt...“.

nisklausel bei den zuständigen Behörden als berechtigt anzuerkennen“⁵⁰). Im folgenden muß demgegenüber gezeigt werden, daß die Verbände nicht die berufenen Vertreter des öffentlichen Interesses sein können: sie sind *causa materiae* Vertreter von Sonderinteressen.

5. *Die Verbandsordnung, insbesondere die Bedürfnisklausel im Filmgewerbe als Surrogat des öffentlichen Rechts*

Das System der freien Konkurrenz birgt, wie schließlich jedes Prinzip, auch seine Nachteile und seine Härten in sich. Diese sind bedingt in der Startverschiedenheit (in der verschiedenen finanziellen Fundierung etc.), die den Leistungswettbewerb zum Teil ausschalteten. Es war beispielsweise kapitalkräftigen Unternehmen möglich, selbst längere Zeit mit Verlust zu arbeiten, um dergestalt die Konkurrenz zu unterbieten und zu ruinieren. Wurde so ein Monopol geschaffen, konnten die Verluste durch reichlich kalkulierte Preise wieder mehr als wettgemacht werden (Dumping). Ein weiterer Vorwurf gegen dieses System ist, daß häufig die Konkurrenz der Preise auf Kosten der Qualität gehe. Um einerseits diese Nachteile des freien Wettbewerbs zu bekämpfen, um andererseits aber auch seine Mühen zu umgehen und schließlich drittens zum Schutze der schwachen, in ihrer Existenz bedrohten Berufsgenossen organisierten sich die verschiedenen Berufe und Gewerbe und stellten in immer höherem Maße Wettbewerbsregeln (Preisvereinbarungen, Tarifabkommen etc.) auf. Ferner übernahmen sie soziale Aufgaben, wie Unfallversicherungen, Kranken- und Sterbekassen für ihre Mitglieder. Durch diese Ordnungsfunktionen in der freien Wirtschaft erhielten die Verbände weitgehend den Nimbus, Vertreter des öffentlichen Interesses darzustellen. Diese Auffassung fand Eingang im öffentlichen und im Privatrecht. Die Verbände nehmen immer mehr eine Zwitterstellung zwischen Privat- und öffentlichem Recht ein. Es wurde schon auf die Stellung der Wirtschaftsorganisationen in den neuen Wirtschaftsartikeln hingewiesen. Es ist dort von „zuständigen“ Organisationen der Wirtschaft die Rede (BV Art. 32 Abs. 3), als ob es sich um Staatsorgane handle⁵¹). Die Verbände besitzen verfassungsmäßige Rechte, die den Rahmen des Privatrechts sprengen. Schon vor Erlaß der Wirtschaftsartikel (insbesondere in der Ära der Kriegswirtschaft) findet sich eine Überlassung öffentlich-rechtlicher Aufgaben an die Berufsverbände⁵²). Die Verbände sind

⁵⁰) Vgl. Kern (Sekretär des SLV), Die gewerbesozialen Funktionen des filmwirtschaftlichen Interessenvertrages.

⁵¹) Vgl. S. 61 Anm. 30. Vgl. desgleichen das BG über die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern vom 1. April 1938, Art. 17 Abs. 3 („Er [der BR] wird auch die *zuständigen* Organisationen der Wirtschaft in Anspruch nehmen“ [nämlich die privatwirtschaftlichen Verbände]) AS 54, 309.

⁵²) Vgl. Lautner, System des schweiz. Kriegswirtschaftsrechts, I. Teil, S. 215ff., A. Gysin, Berufsverbände, in SJK Nr. 889 S. 6, Schmukj, Die recht-

sozusagen in allen eidg. Kommissionen vertreten. Es seien beispielsweise die Schweiz. Filmkammer und die Fabrikkommission genannt⁵³). Auch in der bger Judikatur kommt diese Wandlung zum Ausdruck, werden doch die Berufsverbände in einem der neueren Entscheidungen⁵⁴) als „sozialer Faktor von überragender Bedeutung“ bezeichnet. Es ist schließlich auch der Gedanke des öffentlichen Interesses, der in die bger Formel der Zweckproportionalität hineinspielt⁵⁵).

Es sind insbesondere auch die filmwirtschaftlichen Verbände, die ihre Handlungen gerne als im öffentlichen Interesse liegend betrachten. Die Bedürfnisklausel soll nicht nur das Filmgewerbe in seiner Existenz schützen, ihm ein befriedigendes Einkommen sichern, die Bedürfnisklausel will betont eine Maßnahme im öffentlichen Interesse sein. Nur dieser Aspekt habe die verbandsrechtliche Bedürfnisklausel in den Augen der Bundesbehörden rechtfertigt, unter deren Vermittlung der Interessenvertrag schließlich zustandegekommen ist. Drei Gründe werden zur Hauptsache für das öffentliche Interesse an der Bedürfnisklausel im Filmgewerbe angeführt:

1. Es wird befürchtet, daß eine zu starke Konkurrenzierung das Filmniveau nachteilig beeinflussen könnte. Der Selbsterhaltungstrieb müßte dazu führen, daß die Programmierung bis an die Grenze des Zulässigen nur nach der Seite der Einnahmen hin interessiert wäre⁵⁶). Dieser Einwand wurde vor allem auch von gemeinnützigen Organisationen zur Begründung des Postulates einer staatlichen Bedürfnisklausel erhoben.

Diese Argumentation hält aber einer näheren Prüfung in keiner Weise stand. Sie ist in der Hauptsache eine Negierung des gesunden Urteilsvermögens des Volkes und erweist sich dadurch letzten Endes als eine Kritik an den demokratischen Einrichtungen im allgemeinen. Das gleiche Volk, welches befugt sein soll, die höchsten staatlichen Funktionen auszuüben, soll nicht die Reife besitzen, zwischen gut und schlecht im Film zu unterscheiden.

Schließlich hat auch die Pressefreiheit in keiner Weise die Tendenz gefördert, nur minderwertige Literatur zu veröffentlichen. Für den Film wie für die Presseerzeugnisse besteht in Art. 204 StGB eine ausreichende Handhabe, eventuelle Entgleisungen zu ahnden.

liche Organisation der kriegswirtschaftlichen Syndikate, Diss. Zeh. 1945. BBl 1937 II 896, Mitwirkung der Berufsverbände bei der Durchführung gesetzlicher Erlasse.

⁵³) Vgl. auch BG über die wöchentliche Ruhezeit Art. 27 und die dazu gehörende Vollziehungsverordnung Art. 27.

⁵⁴) Vgl. BGE 73 II 69.

⁵⁵) Vgl. Simonius a. a. O. S. 292: „Da (die Formel) nicht so gemeint sein kann, daß das zahlenmäßig größere Interesse eo ipso auch das berechtigtere sei, schleicht sich... der Gedanke ein, daß hinter den Interessen der Vielen ein Interesse der Allgemeinheit stehe, das auch auf Kosten der Freiheit oder der Existenz eines Einzelnen durchzusetzen, statthaft sei“.

⁵⁶) Kern a. a. O. S. 13.

Gerade die freie Konkurrenz sollte das Niveau der Filme heben. M. E. darf ruhig behauptet werden, daß gute Filme vor dem Volke selten durchfallen. Eine Beobachtung der Laufzeit dieser Filme offenbart die Richtigkeit dieser Behauptung. Wo dennoch vereinzelt der Geschmack seltsame Wege einschlägt, wäre es in erster Linie Aufgabe der Schule gewesen, schon im jungen Menschen ein gesundes Urteilsvermögen zu entwickeln. Beim Film kann aber eine verantwortungsbewußte Pressekritik noch immer leitend wirken.

2. Durch eine Überkonkurrenzierung und wirtschaftliche Ruinierung des Kinogewerbes würde das Volksvermögen geschädigt und damit das öffentliche Interesse tangiert⁵⁷⁾. Es ist aber nicht einzusehen, wieso eine Konkurrenzierung (und sogar eine Überkonkurrenzierung) die wirtschaftliche Ruinierung des Kinogewerbes (wie auch Möhr annimmt) bedeuten würde. Eine Überkonkurrenzierung hätte höchstens den Wegfall der wenigstens leistungsfähigen Betriebe zur Folge und trüge somit den Gesundungsprozeß in sich selber. Es ist dies ein Vorgang, der sich in sämtlichen Gewerbebetrieben wiederholt, die Untüchtigen und Leistungsunfähigen müssen den anderen weichen. Es geht nicht an, unrentable Betriebe durch eine Bedürfnisklausel vor Konkurrenz zu schützen.

3. Der dritte, das öffentliche Interesse an der Bedürfnisklausel manifestierende Einwand läßt sich im Stichwort der geistigen Landesverteidigung zusammenfassen.

Das Filmgewerbe ist, insbesondere im Ausland, in ungeheurem Maße vertrustet. Fünf amerikanische Trusts beherrschen nahezu das Filmwesen der ganzen Welt⁵⁸⁾. Im Jahre 1935 war auch in der Schweiz die Bildung eines Riesenkonzerns durch den Aufkauf des schweizerischen Theaterparks geplant. Als Gegenmaßnahme kam damals unter Assistenz des BR's der Interessenvertrag zustande. Die Gefahr, welche damals dem schweiz. Filmgewerbe drohte, wird durch den Umstand beleuchtet, daß in der Bvers wiederholt darauf hingewiesen werden mußte, daß die im Lichtspielgewerbe ausgebrochene Krise von gewissen interessierten Kreisen künstlich gefördert worden sei⁵⁹⁾.

Die Bedeutung des Filmes als Kommunikationsmittel ist heute unbestritten. Es kann also nicht gleichgültig sein, ob das schweizerische Lichtspielgewerbe ganz oder zum großen Teil in ausländischen Händen ist. Diese Gefahr der Überhandnahme des ausländischen Einflusses konnte die

⁵⁷⁾ Damit begründet Hans Möhr (S. 70), daß der Lieferungsboykott gegenüber Außenseiter-Kinotheater einen objektiv und subjektiv richtigen Zweck verfolge.

⁵⁸⁾ Die Zahlen auf S. 168 zeigen den Einfluß, welchen die fünf amerikanischen Trusts auf der ganzen Welt besitzen. Der Filmverleih ist auch in der Schweiz (trotz Filmkontingentierung) zum großen Teil in den Händen dieser fünf Trusts.

⁵⁹⁾ Vgl. BBl 1937 II 491.

Verbandsordnung bannen. Die Statuten des SLV zeugen heute noch von diesem verdienstvollen Kampfe gegen Überfremdung und Vertrustung⁶⁰). Anderseits muß man sich fragen, ob nicht in gewissem Sinne „der Bock zum Gärtner“ gemacht wurde. Zwar konnte der ausländische Einfluß weitgehend ausgeschaltet werden, aber durch den Umstand, daß die Verbände selber die Bedürfnisklausel handhaben, wurde das Lichtspielgewerbe wieder zum Teil monopolisiert. Die Entwicklung zeigt, daß (von vereinzelt Ausnahmen abgesehen) bei Annahme eines Bedürfnisses für ein neues Theater nur Verbandsmitglieder dieses eröffnen können. So sind z. B. in Zürich nahezu sämtliche seit 1935 neueröffneten Lichtspieltheater in den Händen früherer Theaterbesitzer. Ein Blick in das Jahrbuch der Filmindustrie zeigt, daß sich meist eine Mehrzahl von Theatern im gleichen Besitz befindet. Es sind nicht einmal die Städte selten, in denen fast sämtliche Lichtspieltheater in den gleichen Händen sind⁶¹). Es führt dies zu den, in Pressestimmen und auch in der Filmkammer immer wieder zu hörenden und wohl nicht unberechtigten Bedenken, daß die Bedürfnisklausel durch die Verbände weniger im öffentlichen Interesse als in demjenigen einzelner Verbandsmitglieder gehandhabt wird. Es ist nicht glaubhaft, daß sich unter all den Anwärtern für ein neues Theater außerhalb des Verbandes so selten einer findet, der den Anforderungen dieses Berufes gewachsen ist. Die Bewerber müssen sich über einen guten Leumund, den Abschluß der erforderlichen Versicherungen etc. und über die nötigen Fachkenntnisse ausweisen können. Es muß sich um Fachleute handeln (d. h. nicht, daß irgendwelche technische Kenntnisse vorausgesetzt sind, etwa die eines Operateurs), der Bewerber muß einfach zur Leitung eines Kinos befähigt erscheinen. Es hat nun den Anschein, als ob die nötigen Fachkenntnisse nur bei Personen angenommen würden, die schon ein Lichtspieltheater führen. Aber gerade weil der Film ein politisches Machtmittel und Werbemittel par excellence darstellt, hätte verhindert werden müssen, daß Einzelne einen überragenden Einfluß auf die freie Meinungsbildung ausüben können. Die Lichtspieltheater müssen sich in möglichst vielen Händen befinden. Der Idealzustand

⁶⁰) Vgl. z. B. Art. 10 Abs. 5: „Weiter ist der Vorstand ermächtigt, jederzeit alle Maßnahmen anzuordnen, die zu einer erfolgreichen Bekämpfung der wirtschaftlichen Überfremdung des schweiz. Filmgewerbes, sei es in der Form der Vertrustung oder auf irgend eine andere Art, im allgemeinen oder in einem speziellen Fall als notwendig oder nützlich erscheinen“. Vgl. ferner Art. 20 Abs. 5, welcher ein Aufnahmeverbot für ausländisch orientierte Personen vorsieht, und Art. 30 Abs. 2 lit. f, g und h, wo sogar der Ausschluß von Mitgliedern vorgesehen ist, die nicht mit allen Kräften einer unmittelbaren oder mittelbaren ausländischen Einflußnahme entgegentreten.

⁶¹) So gehören z. B. in Baden und Wettingen alle vier Kinos dem gleichen Besitzer. Von diesen wurde eines erst nach Einführung der Bedürfnisklausel eröffnet und unabhängige Bewerber abgewiesen; ebenso Olten, St. Gallen (5 von 6) etc. etc. Auch hinter den juristischen Personen figurieren zum größten Teil immer dieselben Leute.

wäre unbedingt, daß keine zwei Theater den gleichen Besitzer hätten. Bei Einführung einer Bedürfnisklausel hätte das Recht zur Eröffnung eines neuen Kinos auch schon aus Gründen der Billigkeit in erster Linie denen zustehen müssen, die dadurch überhaupt erst die Möglichkeit erhalten hätten, das gewünschte Gewerbe auszuüben, und nicht denen, welche nur ihre Einnahmen zu vergrößern trachten⁶²⁾. Man könnte nur dann von einer Maßnahme zum Schutze „der zum größten Teil bescheidenen Einzelexistenzen“ sprechen. Es wäre, wenn wirklich eine die Bedürfnisklausel rechtfertigende Notlage im Lichtspielgewerbe herrschen würde, ganz offensichtlich die Tendenz nicht so groß, immer noch ein weiteres Kino zu eröffnen.

Es wird gerne darauf hingewiesen, daß die Institution der verbandsrechtlichen Bedürfnisklausel durch die Art ihres Funktionierens jegliche Sonderinteressen und Bevorzugungen ausschließe. In letzter Instanz entscheide eine Paritätische Kommission, in welcher die Vertreter des Lichtspieltheaterverbandes in der Minderheit sind. Die Paritätische Kommission setzt sich nämlich, nach Art. 24 des Interessenvertrages, aus zwei bis drei Mitgliedern des FVV und gleichvielen Mitgliedern des SLV zusammen, sowie aus einem durch die Vorstände beider Verbände bestimmten neutralen Obmann. In der Regel ist dies ein Bundesrichter. Es wird nun argumentiert, daß zwar naturgemäß die Vertreter des SLV gegen Schaffung neuer Kinos, die ihnen eine Konkurrenz bedeuten, Stellung nehmen, anderseits aber die Vertreter des FVV an der Schaffung vermehrter Theater, die ihnen neue Kunden bedeuten, interessiert sind. Es werden sich somit regelmäßig die Verbandsstimmen aufheben, und praktisch wird der neutrale Obmann entscheiden⁶³⁾. Wenn dem aber in der Tat so ist, erscheint der Sinn und Zweck des ganzen komplizierten Apparates rätselhaft. Es könnte ebensogut von vorneherein die Beantwortung der Bedürfnisfrage einer neutralen Amtsstelle anheimgestellt werden. Einer Ersetzung der verbandsrechtlichen Bedürfnisklausel durch eine öffentlich-rechtliche, stehen die filmwirtschaftlichen Verbände aber ablehnend gegenüber⁶⁴⁾.

Die filmwirtschaftlichen Verbände – und dies trifft für sämtliche Fachverbände zu – sind nicht zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses, sondern zur Wahrung der Sonderinteressen eines bestimmten Erwerbszweiges, gegründet worden. Man kann also von ihnen weder verlangen, daß sie das öffentliche Interesse wahrnehmen, noch viel weniger diese Forderung durchsetzen. Die Maßnahmen der Verbände dürfen nie vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses aus betrachtet werden.

⁶²⁾ Die Paritätische Kommission nahm zwar in einem im Schw. Film 1937 N. 54 S. 7 veröffentlichten Entscheid diesen Standpunkt ein, doch erschöpfte sich der Wert dieses Entscheids in seiner Publikation. Die beiden Theater wurden dennoch gebaut und in den Verband aufgenommen.

⁶³⁾ Vgl. Kern, Ein eidg. Filmgesetz? S. 13, ders., Die gewerbesozialen Funktionen des filmwirtschaftlichen Interessenvertrages, S. 5.

⁶⁴⁾ Vgl. zu dieser Frage unten, das Filmrecht de lege ferenda.

Eine Bedürfnisklausel einzuführen rechtfertigt sich aber niemals im Sonderinteresse einzelner Wirtschaftszweige, sondern nur im Gesamtinteresse des Volkes. Ob aber die Einführung der Bedürfnisklausel im Gesamtinteresse liegt, darüber zu entscheiden, steht in einer Demokratie einzig dem Volke zu. Die Privatgesetze der Verbände (selbst, wenn sie auf Verfassungsstufe legiferieren) genießen nicht die Sanktion des Volkes. Sie können deshalb nicht beanspruchen, das öffentliche Interesse darzustellen.

Die Bedürfnisklausel ist einer der schwersten Eingriffe in die HGF, die nur im äußersten Notfall Platz greifen darf. Es ist bezeichnend für die strengen Anforderungen, welche zur Einführung der Bedürfnisklausel gestellt werden, daß seit Annahme der neuen Wirtschaftsartikel (1947), trotzdem diese verfassungsmäßig die Einführung der Bedürfnisklausel unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen, in keinem Wirtschaftszweig⁶⁵⁾ dieselbe auf verfassungsmäßigem Boden eingeführt wurde.

6. Das Verhältnis von Art. 31bis Abs. 4 und Art. 31bis Abs. 3 lit.d BV

a) Die Bedürfnisklausel im Filmgewerbe als Selbsthilfemaßnahme

Von der HGF abweichende Bestimmungen gemäß Art. 31 bis lit. a und b darf der Bund nur erlassen, wenn die zu schützenden Wirtschaftszweige oder Berufe diejenigen Selbsthilfemaßnahmen getroffen haben, die ihnen billigerweise zugemutet werden können (BV Art. 31 bis Abs. 4). Es stellt sich die Frage, ob die verbandsrechtliche Bedürfnisklausel eine solche Selbsthilfemaßnahme darstellt.

Zur Zeit der Entstehung des Interessenvertrages im Jahre 1935 war das Filmgewerbe in der Schweiz ernsthaft bedroht⁶⁶⁾. Gegen diese wirtschaftliche Gefährdung war der Interessenvertrag als Selbsthilfemaßnahme der Verbände geplant. Es muß der Verbandsordnung zugebilligt werden, daß sie ihren Zweck aufs erfolgreichste erfüllte. Das Kinogewerbe, welches 1935 noch mit einem Defizit von rund zwei Millionen Franken arbeitete, kam nicht nur aus diesen prekären wirtschaftlichen Verhältnissen heraus, sondern wurde zu einem florierenden Gewerbe. Jede schädigende Konkurrenz konnte dank der Bedürfnisklausel ausgeschaltet werden. Heute ist es ausgeschlossen, beim Lichtspieltheatergewerbe ernsthaft von einem in seinen Existenzgrundlagen gefährdeten Wirtschaftszweig zu sprechen. Dennoch soll die verbandsrechtliche Bedürfnisklausel durch eine staatliche ersetzt werden. Der Bund soll im Filmgewerbe zu Maßnahmen gemäß Art. 31 bis lit. a ermächtigt werden. Dies findet seine Begründung darin, daß die Selbsthilfemaßnahmen der filmwirtschaftlichen Verbände häufig als unerwünschte kartellartige Organisation betrachtet werden.

⁶⁵⁾ Abgesehen vom Gastwirtschaftsgewerbe (auf Grund der Sondernorm des Art. 31ter BV) und extrakonstitutionellen Vollmachtenverordnungen (Milchkartellisierung usw.).

⁶⁶⁾ Vgl. BB1 1937 II 489.

b) Die interessenvertragliche Regelung im Filmgewerbe als kartellähnliche Organisation im Sinne des Art. 31bis lit. d BV

Die Frage, ob die interessenvertragliche Regelung im Filmgewerbe eine kartellähnliche Organisation im Sinne des lit. d darstellt, wurde in verschiedenen Berichten der SFK schon angeschnitten, doch fand sie noch keine Beantwortung. Es ist zweckmäßig, die gestellte Frage in zwei Unterfragen zu gliedern:

α) Sind die filmwirtschaftlichen Verbände überhaupt Kartelle oder kartellähnliche Organisationen?

β) Zeitigen sie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen? (Diese Frage stellt sich nur, wenn die Frage α) zu bejahen ist.)

α) Die filmwirtschaftlichen Verbände als kartellähnliche Organisationen

Kartelle werden heute definiert als freie Vereinbarungen zwischen grundsätzlich selbständig bleibenden Unternehmen derselben Art, um mittels monopolistischer Beherrschung des Marktes Profiterhaltung und Profitmehrung zu erzielen⁶⁷⁾. Es existiert keine Kartelldefinition, die eine eindeutige Abgrenzung zu den Berufsverbänden ermöglicht. Dennoch wäre ein Unterscheidungskriterium hier besonders wünschenswert, nachdem die Verfassung sich zu den Berufsverbänden positiv einstellt, wogegen die einzige verfassungsmäßige Erwähnung der Kartelle einen eindeutig negativen Einschlag besitzt⁶⁸⁾. Die Kartelle sind nur unter Vorbehalt geduldet, die Berufsverbände werden gefördert.

Ein festes Unterscheidungskriterium zwischen Berufsverbänden und Kartellen hat sich bis heute auch in der Literatur nicht gebildet. Es wurden die Berufsverbände weitestgehend zu den Kartellen gezählt. Einige Verfasser, so z. B. auch Feldmann⁶⁹⁾, sehen ein Unterscheidungsmerkmal in der Intensität der zum Endzweck, nämlich der Erreichung der wirtschaftlichen Förderung der Mitglieder, angewandten Mittel. Während die Kartelle die freie Konkurrenz mit dem scharfen Mittel des Organisationszwanges auszuschließen trachten⁷⁰⁾, sieht der Berufsverband seine Aufgabe

⁶⁷⁾ Diese von Marbach stammende Definition (Hb der Volkswirtschaft II S. 17ff.), die auch von Graner (Kartelle, SJK Nr. 214) übernommen wurde, hat gegenüber den meisten früheren Definitionen den Vorteil, daß sie klar zum Ausdruck bringt, daß der Zweck der Kartelle sich nicht in der monopolistischen Beherrschung des Marktes erschöpft. In der Marktbeherrschung liegt vielmehr nur das Mittel zum Zweck (Profiterhaltung, Profitmehrung). Vgl. demgegenüber die früheren Definitionen, z. B. von Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts, Stuttgart 1930, R. Pessow, Kartelle, in Wb der Volkswirtschaft.

⁶⁸⁾ BV Art. 31bis Abs. 3 lit. d.

⁶⁹⁾ Feldmann S. 19ff.

⁷⁰⁾ Euphemistisch heißt dies in der Terminologie der Kartellverfechter: die freie Konkurrenz von der Ebene des Preises auf die der Qualität zu verschieben.

in der beruflichen Förderung und Ausbildung seiner Mitglieder. Die Konkurrenzbeschränkungen dürfen einzig auf dem ideellen Faktor von Treu und Glauben und der Solidarität beruhen.

Nach diesem Kriterium der Intensität der zur Wirtschaftsförderung der Mitglieder angewandten Mittel ist eine scharfe Grenzziehung zwischen Berufsverband und Kartell ausgeschlossen. Dies kommt z. B. auch bei Gysin⁷¹⁾ zum Ausdruck, der gleich Marbach⁷²⁾ Übergangsformen zwischen Berufsverband und Kartellen, sog. Subkartelle, unterscheidet.

Die Unterscheidung zwischen Berufsverband und Kartell ist aber insbesondere für die Verfassungsauslegung von Bedeutung. Es geht wohl nicht an, einerseits den Berufsverbänden eine offizielle Bedeutung (z. B. als Gesetzesberater) einzuräumen, anderseits gegen dieselben Verbände, eventuell sogar gleichzeitig, Maßnahmen gegen ihre schädlichen Auswirkungen zu treffen. Es kommt der Auffassung des Verfassungsgesetzgebers, wie sie sich in der bundesrätlichen Botschaft zu den Wirtschaftsartikeln manifestiert, besondere Bedeutung zu. Danach muß der Zutritt zu den *Berufsverbänden jedem Berufsangehörigen* (der die Aufnahmebedingungen erfüllt) *offenstehen*. Die Voraussetzungen zur Aufnahme in den Verband dürfen nur subjektiven Charakter haben, d. h. die Ausschließungsgründe müssen in der Person des Gesuchstellers und nicht in äußeren Umständen ihre Begründung finden.

Mit dem berufsfördernden Zweck der Verbände ist vereinbar, daß zur Aufnahme in den Verband ein Ausweis über die nötigen beruflichen Fähigkeiten verlangt werden darf. Es kann auch aus Solidaritätsgründen eine Unterkonkurrenzierung statutarisch untersagt werden. Der Verbandszweck kann diese Maßnahmen direkt erfordern. Nicht vereinbar mit dem Charakter eines Berufsverbandes ist dagegen die Einführung einer Bedürfnisklausel. Eine loyale Konkurrenz muß zugelassen werden.

Die Kartelle dagegen bezwecken Profiterhaltung und Profitmehrung durch gänzlichen oder bedingten Ausschluß (Bedürfnisklausel) der Konkurrenz. Darin liegt der fundamentale Unterschied zwischen Kartell und Berufsverband. Der Lichtspieltheaterverband muß deshalb, obwohl er sich als Fachverband (Berufsverband) bezeichnet, als Kartell betrachtet werden.

β) Zeitigt die Verbandsordnung im Filmgewerbe volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen gemäß BV Art. 31 bis Abs. 3 lit. d?

Die Verfassung duldet die Kartelle unter Vorbehalt von Maßnahmen gegen ihre sozial und volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen. Ob in concreto schädliche Auswirkungen der Kartelle vorliegen, ist weitgehend eine Ermessensfrage. Der Begriff der schädlichen Auswirkungen kann sehr

⁷¹⁾ Gysin, Berufsverbände, SJK Nr. 889.

⁷²⁾ Marbach a. a. O. S. 17 ff.

extensiv, aber auch sehr restriktiv ausgelegt werden. Nach neoliberaler Auffassung dürfte es schon in der Natur eines jeden Kartells liegen, schädliche Auswirkungen zu zeitigen. Die Verfassung hat sich jedoch — bedauerlicherweise — nicht die neoliberale Auffassung zu eigen gemacht. Sie hätte ansonst expressis verbis ein Monopolverbot aufstellen müssen. Es liegt aber gerade darin, daß Maßnahmen des Bundes nur gegen schädliche Auswirkungen der Kartelle zugelassen sind, eine verfassungsrechtliche Duldung der Kartelle an und für sich. Diese Formulierung setzt nämlich voraus, daß es auch Kartelle ohne schädliche Auswirkungen gibt.

Wann kann man, im Sinne der Verfassung, von schädlichen Auswirkungen der Kartelle sprechen?

Marbach unterscheidet zwischen formellen und materiellen Monopolen⁷³⁾. Dabei sind formal monopolistisch alle Machtstellungen, „welche zu Preisen führen, die höher sind als sie ohne Machtstellung wären. Materiell sind es diejenigen, welche in einer Kapitalrente voraussetzenden Wirtschaftsordnung zu überdurchschnittlichen (das landesübliche Maß übersteigenden) Gewinnen führen“.

Es wird nun häufig die Auffassung vertreten, daß *nur* die materiellen Kartellmonopole schädlich im Sinne des Art. 31 bis lit. d sind. Diese Ansicht bewertet, im Gegensatz zur neoliberalen, die formellen Kartellmonopole positiv. Diese sollen (immer nach Meinung der Kartellverfechter) die Kosten senken, den Beschäftigungsgrad aufrechterhalten, vor Arbeitslosigkeit schützen, mit einem Wort, bewirken, daß „wir in der Schweiz... eine größenmäßig so gesund nach der Mitte konzentrierte Unternehmungsstruktur“ haben⁷⁴⁾.

Hätte die Verfassung aber wirklich nur Maßnahmen gegen materielle Kartellmonopole vorsehen wollen, so erschiene die Bestimmung des Art. 31 bis lit. d überflüssig. Der Mißbrauch der Machtstellung zu „das landesübliche Maß übersteigenden Gewinne“, d. h. die wucherartige Preistreibung, ist schon nach heutigem Privatrecht unstatthaft⁷⁵⁾. M. E. ist diese Auffassung zu eng. Es können sich nicht nur übersetzte Preise sozial und volkswirtschaftlich schädlich auswirken, sondern auch übermäßige Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen. Die sozial schädlichen

⁷³⁾ Vgl. Marbach, Zur Frage der antimonopolistischen Intervention, in WuR I S. 217 ff.

⁷⁴⁾ Vgl. Marbach a. a. O. S. 226.

⁷⁵⁾ Vgl. oben S. 66. Es wäre dies nur insofern sinnvoll, als der Schutz des umständlichen und kostspieligen Zivilprozeßweges problematisch erscheint. (Es sei nur daran erinnert, daß (trotz den günstigen Prozeßaussichten) in den 15 Jahren der Verbandsordnung kein einziger der zahlreich abgewiesenen „Kinoaspiranten“ den Prozeßweg einschlug.) Der offensichtliche Mißbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung, wie sie die wucherische Preistreibung darstellt, könnte so zum Officialdelikt erhoben werden.

Konsequenzen einer allgemeinen Einführung der Bedürfnisklausel wurden aufgezeigt⁷⁶⁾. Kartellverabredungen rechtfertigen sich nur bei Großunternehmen, bei welchen die Form des Großunternehmens spezifische Produktionsvoraussetzung bildet, wie dies z. B. teilweise in der Maschinenindustrie der Fall ist. Solche Produktionsgebiete, die, um rationell arbeiten zu können, ungeheure Kapitalinvestitionen durch ihre umfangreichen Fabrikanlagen und Maschinenparks erfordern und tausende von Arbeitern beschäftigen, rechtfertigen Kartellverabredungen. Hier ist einerseits jedes einzelne Unternehmen mit der Volkswirtschaft des Landes eng verbunden, anderseits wird, selbst durch Kartellverabredungen, die Freiheit des Einzelnen kaum tangiert. Es liegt schon von vorneherein in der Natur dieser Art Unternehmen, daß nur wenige nebeneinander existieren können. Der Staat besitzt hier nur eine monopolüberwachende Funktion, während er auf den übrigen Gebieten eine monopolprohibitive Aufgabe zu erfüllen hat.

Eine Verhinderung von Monopoltendenzen rechtfertigt sich im Filmgewerbe des weiteren noch aus der kulturellen und politischen Bedeutung des Filmes. Es muß z. B. stoßend empfunden werden, daß kulturelle Organisationen (Konsumentenorganisationen wie die Filmgilde, deren Hauptzweck die Förderung des guten Filmes bildet) heute kein Lichtspieltheater in der Schweiz eröffnen können.

Das Filmgewerbe — das muß immer wieder betont werden — darf nicht allein vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet werden. Die zu treffenden Maßnahmen müssen vielmehr den kulturellen und politischen Belangen des Filmes Rechnung tragen. Kartellvereinbarungen können im Filmgewerbe naturgemäß weitaus schädlichere Auswirkungen zeitigen als in anderen Gewerben von weniger komplexer Bedeutung. Eine Maßnahme wie der Interessenvertrag muß, soweit er die Bedürfnisklausel vorsieht, auch wenn er im Interesse der Lichtspieltheaterbesitzer liegt, als sozial schädliche Auswirkung einer Kartellvereinbarung im Sinne des Art. 31 bis Abs. 3 lit. d BV angesprochen werden.

c) Das Verhältnis der beiden Normen

Die Frage des Verhältnisses von Art. 31 bis Abs. 3 lit. d zu Art. 31 bis Abs. 4 BV ist insbesondere für das kommende Filmrecht bedeutungsvoll. Es zeigt sich folgende Problematik. Der heute vorliegende Gesetzesentwurf sieht für das Lichtspielgewerbe die sog. subsidiäre Bedürfnisklausel vor⁷⁷⁾. Der von der SFK zu diesem Passus gegebene Kommentar lautet wörtlich⁷⁸⁾:

⁷⁶⁾ Vgl. oben S. 67 ff. Die Bedürfnisklausel wirkt sich für kleine Betriebe, wie insbesondere für den Detailhandel besonders schädlich aus. (Das Lichtspieltheatergewerbe ist aber nichts anderes als der Detailhandel der Filmindustrie.)

⁷⁷⁾ Vgl. unten S. 159 ff.

⁷⁸⁾ B-SFK S. 7.

„...Die Bedürfnisklausel hinsichtlich der Erweiterung oder Verlegung bestehender, sowie zur Eröffnung neuer Unternehmen der Filmvorführung ist, solange wenigstens die Selbsthilfemaßnahmen der filmwirtschaftlichen Verbände befriedigen, nicht durch die Bewilligungsbehörde zu handhaben. Die Einführung einer solchen subsidiären Bedürfnisklausel, oft Bedürfnisklausel auf Abruf genannt, ließ sich im Hinblick auf Art. 31 bis Abs. 4 BV nicht wohl umgehen“. Der gleiche Bericht nimmt anderseits auf BV Art. 31 bis Abs. 3 lit.d Bezug. Der Bericht, wie insbesondere auch der Vorbericht weisen darauf hin⁷⁹⁾, „daß im Interessenvertrag... ein Instrument zur Ausschaltung von unliebsamer Konkurrenz erwachsen sei, daß nicht immer überzeugend im Interesse der Allgemeinheit verwendet werde. Bundesgesetzliche Maßnahmen seien daher auch gegen Monopolbestrebungen dieser Art in Erwägung zu ziehen“. Es müssen also, „falls es sich als richtig erweisen sollte, daß das Privatrecht solchen Tendenzen nicht entgegensteht“, bundesgesetzliche Gegenmaßnahmen auf Grund von BV Art. 31 bis Abs. 3 lit.d in Erwägung gezogen werden⁸⁰⁾.

Es ergibt sich also folgendes Bild: einerseits dürfen staatliche Maßnahmen im Lichtspielgewerbe gemäß Art. 31 bis Abs. 3 lit.a nicht erlassen werden, weil die Wirtschaftsorganisationen Selbsthilfemaßnahmen getroffen haben, anderseits müssen aber, sollten diese Selbsthilfemaßnahmen nach Privatrecht zulässig sein⁸¹⁾, gegen sie staatliche Maßnahmen gemäß BV Art. 31 bis Abs. 3 lit.d in Erwägung gezogen werden. Diese staatlichen Eingriffe gemäß lit. d gegen die kartellartigen Selbsthilfemaßnahmen der filmwirtschaftlichen Verbände, könnten u. U. dann wieder zu einer Existenzgefährdung des Filmgewerbes führen, die wiederum staatliche Maßnahmen gemäß lit. a auslösen müßten. Dieser Kreislauf legt die Frage nach dem Verhältnis beider Normen nahe. Wie aktuell diese Frage ist, vermag noch folgender Streit um ein Wort zu illustrieren. Art. 7 Abs. 2 des Entwurfes zu einem BG über die Bewilligungspflicht für das Filmgewerbe sieht vor, daß die Bewilligung zur Erweiterung oder Verlegung bestehender, sowie zur Eröffnung neuer Unternehmen der Filmvorführung vom Bedürfnis abhängig zu machen ist, „sofern die Selbsthilfemaßnahmen der filmwirtschaftlichen Verbände nicht befriedigen“. Der SLV wollte nun diesen Ausdruck durch das unkritische Wort „funktionieren“ ersetzt wissen. In dieser Diskussion äußert sich die Frage nach der Art der zulässigen Selbsthilfemaß-

⁷⁹⁾ B-SFK S. 31

⁸⁰⁾ VB-SFK S. 31.

⁸¹⁾ Die privatrechtliche Zulässigkeit des Interessenvertrages ist umstritten. Der SLV selber scheint von der Zulässigkeit nicht völlig überzeugt zu sein; anders läßt sich folgende statutarische Bestimmung wohl kaum erklären: „Die Mitglieder des SLV sind verpflichtet, Sonderbeiträge zur Äufnung eines Kampffonds zu bezahlen, welcher insbesondere für die Bezahlung von Prozeßkosten und Schadenersatzbeträgen bestimmt ist, die sich aus Boykottprozessen gegen den SLV ergeben können“.

nahmen. Die Selbsthilfemaßnahmen funktionieren zur Zufriedenheit der filmwirtschaftlichen Verbände seit fünfzehn Jahren; fragwürdig ist dagegen, ob sie auch das öffentliche Interesse befriedigen. Nach dem Gesetzesentwurf entscheidet die Frage, wann die Selbsthilfemaßnahmen nicht mehr befriedigen, der BR durch einen für die Bewilligungsbehörden verbindlichen Beschluß⁸²⁾. Der BR wird aber die Frage, ob die Selbsthilfemaßnahmen der Verbände befriedigen, danach beantworten, ob sie dem öffentlichen Interesse entsprechen, andernfalls hätte man auf das von den Verbänden gewünschte Kriterium des „Funktionierens der Interessenverträge“ abstellen können. Es tritt deutlich die Ansicht zutage, daß der Bund auch zu Maßnahmen in Abweichung von der HGF, zur Erhaltung eines wichtigen, in seinen Existenzgrundlagen gefährdeten Wirtschaftszweiges befugt ist, selbst wenn die Gefährdung im betreffenden Wirtschaftszweig (seit 15 Jahren) nicht mehr aktuell ist, unter der Voraussetzung, daß die Selbsthilfemaßnahmen (das öffentliche Interesse) nicht befriedigen. Diese Auffassung läßt sich dadurch begründen, daß es sinnvoller erscheint, von vorneherein sozial schädliche kartellartige Selbsthilfemaßnahmen durch staatliche zu ersetzen. Eine bloße Aufhebung der schädlichen Kartellvereinbarungen auf Grund von Art. 31 bis Abs. 3 lit. d BV könnte u. U. die Notlage des Wirtschaftszweiges erneuern und Maßnahmen nach lit. a erfordern. Diese Ansicht widerspricht jedoch dem Sinn der Verfassung. Sie würde lit. d seine Bedeutung rauben. Die Kartelle finden ihren Ursprung nämlich häufig in der Notlage eines Wirtschaftszweiges⁸³⁾. Sie erscheinen in diesem Falle offensichtlich als private Selbsthilfemaßnahmen im Sinne des Art. 31 bis Abs. 4 BV. Es geht nach dem klaren Wortlaut von lit. a nicht an, diese Selbsthilfemaßnahmen durch staatliche zu ersetzen, selbst wenn sie als sozial schädlich im Sinne von lit. d erscheinen. Das Filmgewerbe ist in seinen Existenzgrundlagen (dank dieser Selbsthilfemaßnahmen) heute nicht mehr gefährdet. Es können also Vorschriften nach lit. a nicht in Frage kommen. Eventuelle Maßnahmen aber gemäß lit. d können nicht den Inhalt von Vorschriften gemäß lit. a besitzen. Lit. d erlaubt nur rein prohibitive Bestimmungen gegen schädliche Kartellvereinbarungen, aber keine Schutzmaßnahmen für das Gewerbe, wie lit. a.

⁸²⁾ Vgl. Art. 7 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes.

⁸³⁾ Vgl. dazu Marbach, Kartelle in Hb d. Schw. Volkswirtschaft II S. 17 ff. Allerdings entspringen Kartelle nicht nur Notzeiten, sondern haben ihren Ursprung gerade so häufig in Zeiten aufsteigender und stetiger Konjunktur. Vgl. auch Wb der Volkswirtschaft S. 535.

II. Die Polizeischranken des Filmgewerbes

A. Allgemeiner Teil

1. Der Polizeibegriff

Wie für jedes Gewerbe besteht auch für das Filmgewerbe die Gewerbe-freiheit nur unter Vorbehalt polizeilicher und fiskalischer Schranken (BV Art. 31 Abs. 2). Nachdem der Bund von der umfassenden Gewerbepolizei-kompetenz des Art. 31 bis Abs. 2 BV auf dem Gebiete des Filmgewerbes keinen Gebrauch gemacht hat¹⁾, kommt dem Vorbehalt des Art. 31 Abs. 2 BV zu Gunsten der Kantone vollumfänglich Geltung zu. Die Kantone sind befugt, das Filmgewerbe sowohl polizeilichen als auch fiskalischen Beschränkungen zu unterwerfen.

Das Filmgewerbe untersteht nach konstanter bger Praxis der HGF²⁾. Seit seiner Erfindung wurde der Kinematograph als für die verschiedenen Polizeirechtsgüter (öffentliche Ordnung, Sittlichkeit etc.) besonders be-drohlich angesehen und dementsprechend vermehrten polizeilichen Schran-ken unterworfen³⁾. Demzufolge kommt der Frage nach dem Umfange der zulässigen polizeilichen Beschränkungen im Filmgewerbe eine erhöhte Be-deutung zu. Die Grenze der zulässigen polizeilichen Beschränkungen ist schwankend. Den zuständigen Behörden muß ein weiter Raum freien Er-messens zugestanden werden, denn die Polizeirechtsgüter lassen sich nicht exakt umschreiben. Begriffe wie „öffentliche Ordnung“, „öffentliche Sicher-heit“ sind weitreichend, vieldeutig und auslegungsfähig. Sie finden je nach Ort und Zeit verschiedene Auslegungen.

Diese Problematik des Polizeibegriffes kennt erst der liberale Staat⁴⁾, der sich (im Gegensatz zum absolutistischen Polizeistaat) vor die Notwen-digkeit gestellt sah, eine Grenze der Polizeitätigkeit gegenüber den einzelnen Freiheitsrechten des Bürgers zu ziehen. Der liberale Polizeibegriff ist auch insofern problematisch, als seine definitionsmäßige Abgrenzung gegen die übrige Verwaltungstätigkeit Schwierigkeiten bereitet. So erklärt Merkl den Polizeibegriff schlechtweg als überflüssig, da dieser keine positiv-rechtliche

¹⁾ Auch die polizeilichen Erlasse des Bundes wären an die HGF gebunden. Vgl. BV Art. 31 bis Abs. 2 Schlußsatz.

²⁾ Vgl. z. B. BGGE 39 I 12; 40 I 167; 40 I 184; 41 I 40; 43 I 251; 47 I 34; 48 I 470; 49 I 87; 49 I 496; 50 I 30; 50 I 168; 51 I 32; 53 I 265; 53 I 271; 54 I 78; 59 I 106.

³⁾ Vgl. die Übersicht der kant. Filmrechtsquellen bei Kern, Quellen des schweiz. Filmrechts, Zeh 1945; Aepli S. XIII XVI. Aeplis Quellenver-zeichnis beruht auf dem Stand vom 1. I. 1949; seither (bis 1. I. 1950) hat Frei-burg ein neues Kinogesetz (v. 1. Febr. 1949) und eine neue VO (v. 2. Mai 1949) und Waadt eine solche vom 16. Dez. 1949.

⁴⁾ Vgl. Entwicklung des Polizeibegriffes, Voigt S. 13ff.

Besonderheiten aufweise, die ihn vom übrigen Rechtsbereich abtrenne⁵⁾. Diesem Vorwurf unterliegt insbesondere auch Fleiners Polizeibegriff⁶⁾. Nach Fleiner ist „Polizei die obrigkeitliche Tätigkeit auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, welche der natürlichen Person und dem Eigentum der Bürger die zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Rechts, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung nötigen Beschränkungen zwangsweise auferlegt“. Diese Definition ermöglicht tatsächlich keine Abgrenzung gegenüber der übrigen Verwaltung, z. B. gegenüber der staatlichen Wohlfahrtspflege. Voigt⁷⁾ versucht diesen Mangel zu beheben, indem er den liberalen Polizeibegriff als rein negative Gefahrenabwehr auf dem Gebiete der inneren Verwaltung definiert. Dadurch wird die staatliche Wohlfahrtspflege zwar vom Polizeibegriff ausgeschlossen, andererseits aber auch nur ein Teil der Polizeitätigkeit erfaßt. Diese Definition wird höchstens dem Begriff der Sicherheitspolizei gerecht. Die Polizeitätigkeit beschränkt sich nicht auf eine rein negative Gefahrenabwehr, vielmehr kann die Polizei auch positiv im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit tätig werden. Insbesondere wird dies häufig auf dem Gebiete der Gewerbepolizei der Fall sein. Das Erfordernis eines Gewerbepatentes (Polizeierlaubnis) kann im Lichtspielgewerbe wohl kaum als rein negative Gefahrenabwehr bezeichnet werden. Noch eindeutiger manifestiert sich eine rein positive Polizeitätigkeit in einem Stichwort wie Verkehrserziehung. Gerade der Film im Dienste der Polizei, nach bewährtem amerikanischen Vorbild⁸⁾, zeigt die Möglichkeit einer rein positiven (erzieherischen) Polizeitätigkeit.

Unter Polizei definiert man somit eine innere⁹⁾ Verwaltungstätigkeit (Vorbeugung und Abwehr von Gefahren und Störungen) zum Schutze der Institutionen des öffentlichen Rechts¹⁰⁾ unter Ausschluß der Wohlfahrtspflege¹¹⁾.

2. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, d. h. der Grundsatz, daß alle Verwaltungstätigkeit auf gesetzlicher Ermächtigung beruhen muß, findet seine Anwendung auch auf die Polizeitätigkeit als Teil der

⁵⁾ Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927, S. 245ff.

⁶⁾ Vgl. Fleiner, Institutionen S. 390ff.

⁷⁾ Vgl. Voigt S. 48ff. und S. 28.

⁸⁾ Vgl. z. B. „Das Gesetz der Straße“, „Verbrechen lohnt sich nicht“ usw.

⁹⁾ Die Polizei hat nur gegen Gefahren im Innern des Staates aufzutreten, sie unterscheidet sich darin z. B. von der Armee, die zur Hauptsache der Abwehr der Gefahren von außen dient.

¹⁰⁾ Solche Institutionen des öffentlichen Rechts als Schutzobjekt der Polizei sind die öffentliche Sicherheit, Ruhe, Ordnung, Sittlichkeit, Gesundheit, der Schutz von Treu und Glauben etc.

¹¹⁾ Diese Definition ist insofern unbefriedigend, als sie ihrerseits von der Definition der staatlichen Wohlfahrtspflege abhängig ist.

allgemeinen Verwaltungstätigkeit. Der Sinn der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist ein doppelter. Das Legalitätsprinzip bildet eine Forderung des liberalen Staates, denn der Schutz des Einzelnen vor staatlicher Willkürakte ist allein durch das Prinzip der Trennung der Gewalten nicht gewährleistet¹²). Das Legalitätsprinzip ist aber auch eine demokratische Forderung, indem das Volk nur indirekt auf dem Wege der Gesetzgebung einen Einfluß auf die Verwaltung und Rechtsprechung ausüben kann, nämlich durch den Umstand, daß Verwaltung und Rechtsprechung materiell an die Volksgesetzgebung gebunden sind. Aus dieser ratio des Prinzips ergibt sich, daß die gesetzliche Ermächtigung der Verwaltungsbehörde im Sinne einer materiellen Legalität aufzufassen ist, d. h., daß das Gesetz nicht nur eine allgemeine Kompetenzerteilung an die Verwaltungsbehörde enthalten soll (formelle Legalität), sondern darüber hinaus auch die Verwaltungstätigkeit inhaltlich präzisieren muß. Es leitet sich aus diesem Grundsatz die Forderung ab, daß (polizeiliche) Beschränkungen der Gewerbeausübung auf einem allgemein verbindlichen Erlaß (Gesetz) oder zu mindestens auf einer auf gesetzliche Ermächtigung fußenden Verordnung beruhen muß. Eine gewisse Ausnahme erleidet dieses Prinzip insofern, als gar nicht alle zukünftigen Gefährdungen der Polizeigüter zum voraus gesetzlich erfaßt werden können und die Polizeibehörden deshalb befugt sein müssen, zur Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung und zur Abwehr unmittelbar bevorstehender Gefahren auch ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung, einzig auf Grund der sog. polizeilichen Generalklausel¹³), eingreifen zu können. Die polizeiliche Generalklausel wird im Filmgewerbe naturgemäß keine Rolle spielen, weil die befürchteten und zu bekämpfenden Gefährdungen des Filmgewerbes diesem von vorneherein inhärent sind. Die Generalklausel hat ihre Bedeutung einzig auf dem Gebiete der Sicherheitspolizei. Sie bietet dort die Grundlage für ein sofortiges Einschreiten der Polizei im öffentlichen Interesse, wo eine Störung der öffentlichen Ordnung plötzlich und unerwartet auftritt, so daß eine spezielle gesetzliche Ermächtigung nicht abgewartet werden kann. Die Gefahren für die öffentlichen Rechtsgüter, welche einzelnen Gewerbebetrieben anhaften, treten in der Regel nicht unvorhergesehen auf, sondern sind fortlaufend mit der Ausübung dieses Gewerbes verbunden. Polizeiliche Beschränkungen des Film-

¹²) Das Prinzip der Trennung der Gewalten (als Hauptforderung des liberalen Staates), d. h. die Möglichkeit der Überprüfung der einzelnen verwaltungsrechtlichen Verfügungen durch eine unabhängige Justiz, genügt allein nicht, wenn nicht als weiterer Schutz hinzukommt, daß die Verwaltungsbehörde einzig auf ausdrückliche Gesetzesermächtigung hin handeln darf.

¹³) Über die Generalklausel vgl. Voigt S. 49ff. Bei der Polizeitätigkeit auf Grund der Generalklausel wird das materielle Legalitätsprinzip durchbrochen; es findet hier nur eine Umschreibung der Polizeikompetenzen statt (formelles Legalitätsprinzip).

gewerbes müssen deshalb (wie gewerbepolizeiliche Beschränkungen im allgemeinen) immer auf Gesetz oder Verordnung (wobei letztere aber dann auf ausdrückliche Gesetzesdelegation fußen muß) beruhen. Voigt¹⁴⁾ nimmt bei der Spezialpolizei eine subsidiäre Geltung der Generalklausel an. Dies erscheint insofern gefährlich, als man daraus ableiten könnte, daß die Polizei auf Grund der Generalklausel berechtigt sei, im Interesse der öffentlichen Ordnung über den Spezialerlaß hinaus vorzugehen. Der Spezialerlaß bindet aber nicht nur den Dritten, sondern auch die Polizeibehörde. Diese darf, selbst wenn sie die Bestimmungen ihrer eigenen Verordnung für ungenügend hält, nicht im Einzelfall aus der Generalklausel zusätzliche Forderungen ableiten¹⁵⁾. Eine derartige Praxis würde das Prinzip der Gesetzmäßigkeit durchlöchern. Um diesem Prinzip seinen Wert zu erhalten, bleibt der Verwaltungsbehörde nur der Weg offen, das betreffende Gesetz oder die betreffende Verordnung abzuändern.

Die Filmpolizeierlasse sind Spezialpolizeierlasse, sie enthalten gewerbe-, feuer-, bau-, sitten- und gesundheitspolizeiliche Vorschriften. Die Filmpolizeiakte sind zum kleinsten Teil Gesetze¹⁶⁾. Soweit es sich um Kinoverordnungen handelt, stellt sich die Frage der Delegationsmäßigkeit. Diese Frage drängt sich direkt auf, wenn man das Datum eines großen Teils dieser Verordnungen betrachtet. Sie datieren häufig aus den Jahren der ersten Entwicklung des Kinematographen (1910—1920), als das Kinogewerbe noch weitgehend Wandergewerbe war. Aus diesem Grunde stützen sich diese Verordnungen allgemein auf die Gesetzgebung über das Markt- und Hausierwesen. Heute muß die Delegationsmäßigkeit all dieser Kinoverordnungen verneint werden. Die zürcherische VO über die Errichtung und den Betrieb von Kinematographentheatern und Filmverleihgeschäften vom 16. Okt. 1916¹⁷⁾ stützt sich auf das kant. Gesetz betr. das Markt- und Hausierwesen vom 17. Juni 1894. 1894 war aber der Kinematograph in der Schweiz noch unbekannt. Dennoch konnten die ersten kinematographischen Darbietungen zu Recht dem patentpflichtigen Hausierverkehr unterstellt werden. Es rechtfertigte sich dies damals in Anbetracht des § 8 lit. e des Hausiergesetzes, welcher „die Produktion von Schaustellungen, von gewerblichen oder künstlerischen Leistungen, bei denen ein höheres wissenschaftliches oder Kunstinteresse nicht obwaltet (Menagerien, Panoramas, Bildergalerien, Karussells, Schauspieler, Sänger, Musikanten, Kunstreiter, Seiltänzer, Taschenspieler usw.)“ der Patentpflicht unterstellt. Zur damaligen Zeit war der Kinematograph tatsächlich noch eine wandernde Jahrmarktsunterhaltung ohne jegliche künstlerische Bedeutung. Seit über

¹⁴⁾ Vgl. Voigt a.a.O. S. 32ff.

¹⁵⁾ Vgl. BGE 74 I 17.

¹⁶⁾ Von den 64 kantonalen Filmrechtserlassen sind nur acht Gesetze (sieben Kantons- und ein Gemeindegesetz).

¹⁷⁾ Vgl. GS 35/656 (Fassung vom 4. Febr. 1937).

zwanzig Jahren ist das Kinogewerbe aber kein Wandergewerbe mehr, sondern ein sesshaftes Gewerbe, welchem all die Gefahren des Hausierverkehrs nicht mehr anhaften. Dazu kann ihm heute ein höheres Kunstinteresse ernstlich nicht länger abgesprochen werden¹⁸⁾. Leider hatte das Bger nie die Frage der Delegationsmäßigkeit dieser Kinoverordnungen zu entscheiden. Dagegen haben das zürcherische Obergericht und Kassationsgericht in einem früheren Entscheid die Delegationsmäßigkeit ausdrücklich bejaht, weil die Aufzählung in § 8 lit.e des Hausiergesetzes infolge des Vermerks „usw.“ am Schlusse nicht vollständig sei¹⁹⁾. Dieser Entscheid vermag aber die oben erhobenen Einwände nicht zu entkräften. Das Bger seinerseits hat schon wiederholt entschieden, daß die Kantone die HGF verletzen, wenn sie gewerbliche Betätigungen unter den Hausierverkehr subsummieren, welche weder begrifflich darunter fallen, noch die Begriffsmerkmale aufweisen, derentwegen der Hausierverkehr patentpflichtig erklärt werden darf²⁰⁾. Es erscheint deshalb fraglich, ob das Bger die Unterstellung der sesshaften Lichtspieltheater unter das Hausiergesetz schützen würde.

Die nächsten Jahre sollen sowohl eine Revision des zürcherischen Hausiergesetzes als auch eine Revision der zürcherischen Kinoverordnung bringen. Es wäre dringend zu wünschen, daß bei dieser Gelegenheit die zürcherische Kinoverordnung zu einem selbständigen Filmgesetz ausgearbeitet würde.

Zusammenfassend können somit an dieser Stelle zwei Forderungen für das Filmgewerbe aufgestellt werden:

- a) Polizeiliche Beschränkungen des Filmgewerbes dürfen nur auf Grund eines Polizeierlasses stattfinden und nur soweit gehen, als dieser Eingriffe ausdrücklich vorsieht. Generelle Polizeiermächtigungen sind im Filmgewerbe unzulässig, da die mit der Ausübung des Filmgewerbes spezifisch verbundenen Gefahren für die öffentliche Ordnung von vorneherein feststehen.
- b) Die Ausübung des Filmgewerbes zeitigt besondere Gefahren, die einzig ihm eigen sind. Hieraus leitet sich die Forderung nach speziellen kantonalen Filmgesetzen ab²¹⁾. Insbesondere ist die Unterstellung des Filmgewerbes unter Hausiergesetze nicht länger angängig. Diese Unterstellung erklärt sich nur historisch.

¹⁸⁾ Vgl. dazu die ausführliche Abhandlung von W. Häne, Kino und Hausiergesetze, in SJZ 27 99ff.; ferner Henggeler, Kinematograph und Gewerbe-freiheit ZSR n. F. 35/489ff.

¹⁹⁾ Vgl. BlzR Bd. 27/223ff.

²⁰⁾ Vgl. BGE 55 I 77 und dortige Zitate.

²¹⁾ Vgl. z. B. analog das Gastwirtschaftsgewerbe, welcher auch spezifische Gefahren zeitigt und folgerichtig durch spezielle Wirtschaftsgesetze geregelt wird.

3. Der Geltungsbereich der filmpolizeilichen Akte

Die filmpolizeilichen Erlasse des Bundes haben auf dem gesamten Gebiete der Eidgenossenschaft Geltung. Doch besteht hier einzig die Verfügung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements über die wöchentliche Ruhezeit des Personals der Lichtspieltheater vom 14. Jan. 1935²²⁾.

Die filmpolizeilichen Erlasse der Kantone umfassen nur das eigene Kantonsgebiet; für dieses Gebiet haben sie aber unbeschränkte Geltung.

Problematisch wird es, wenn filmgewerbliche Betätigungen verschiedene Kantonsgebiete berühren. Solche Fälle sind gut denkbar. Beispielsweise zeigt ein in Genf domiziliertes Filmverleihgeschäft vor Kinobesitzern in Zürich seine Filme.

Ein an der Kantonsgrenze gelegenes Lichtspieltheater, dessen Einzugsgebiet auch Ortschaften des Nachbarkantons umfaßt, inseriert dort für Vorführungen eines im Nachbarkanton von dessen Zensurbehörden verbotenen Films, etc.

Die Praxis des Bger's über gewerbliche Betätigungen, welche verschiedene Kantonsgebiete berühren, ist sehr reichhaltig²³⁾. Leider hatte das Bger bis jetzt noch nie Gelegenheit, ein derartiges, speziell das Filmgewerbe berührendes Problem zu beurteilen. Doch besitzen die zitierten Entscheide des Bger's für das Filmgewerbe analoge Bedeutung.

Das Bger hat in bezug auf den Zuständigkeitsbereich der Gewerbepolizei wiederholt entschieden, daß die Kantone befugt sind, jede Ausübung der gewerblichen Betriebe zu erfassen, die ihr Gebiet irgendwie *erheblich* berührt (insbesondere, wenn die gewerbliche Tätigkeit mit Handlungen in das Kantonsgebiet übergreift, im Hinblick auf welche das Gewerbe der polizeilichen Regelung unterstellt werden kann).

Häufig hatte sich das Bger gerade mit dem Falle zu befassen, daß ein Gewerbetreibender in einem andern Kanton inseriert²⁴⁾. Das Bger hatte hier über folgende Fälle zu beurteilen.

Ein Kanton stellte die Ankündigung auswärts veranstalteter Ausverkäufe in zur Verbreitung im Kanton bestimmten Veröffentlichungen den gleichen Beschränkungen (Bewilligungspflicht usw.) wie dem im Kanton selbst veranstalteten Ausverkauf. Das Bger entschied hier, daß ein Ausverkauf, der in dem Kanton stattfindet, in welchem es bewilligt wurde, nicht wegen einer Anzeige in einem anderen Kanton auch in diesem anderen Kanton der Bewilligungspflicht unterworfen werden könne²⁵⁾.

Wenn ein in Bern wohnhafter Liegenschaftsvermittler eine in Bern gelegene Liegenschaft in einer aargauischen Zeitung ausschreibt, so wird er

²²⁾ AS 51/595.

²³⁾ Vgl. etwa BGE 39 I 566; 42 I 16; 50 I 193; 53 I 210; 54 I 29; 59 I 1; 70 I 15 etc.

²⁴⁾ Beispielsweise inseriert das Kino von Rapperswil regelmäßig in der im Kanton Zürich erscheinenden Zürichsee-Zeitung.

²⁵⁾ Vgl. BGE 52 I 301; 48 I 281.

deshalb nicht patentpflichtig, denn vor solchen Reklamen braucht das Publikum nicht geschützt zu werden. Es ist ihm vielmehr damit gedient²⁶⁾.

In zwei weiteren Fällen dagegen verneinte das Bger das Recht, im anderen Kanton zu inserieren.

Macht ein Kanton die Ausübung eines wissenschaftlichen Berufes von einem Fähigkeitsausweis abhängig, so kann er Personen, die einen solchens nicht besitzen, die Ankündigung der in einem andern Kanton ausgeübten Berufstätigkeit in den Zeitungen des eigenen Kantons verbieten²⁷⁾.

Ferner schützte das Bger die Bestrafung eines auswärts ansässigen Werttitelhändlers, der, ohne die zürcherische Bewilligung für den Wertpapierhandel zu besitzen, in der NZZ bekannt gab, daß er Werttitel kaufe²⁸⁾.

Aus diesen Beispielen ist ersichtlich, daß auch für patentpflichtige gewerbliche Betätigungen prinzipiell das Recht besteht, in anderen Kantonen zu inserieren, ohne deren Patent zu lösen. Wenn jedoch eine besondere Gefährdung des Publikums vorliegt, wie es beispielsweise der Fall ist, wenn ein „Arzt“ aus einem Kanton, in welchem kein Fähigkeitsausweis verlangt wird (Wunderdoktor, Naturarzt), durch Inserate leichtgläubige Patienten aus anderen Kantonen herbeilockt, so kann auch dieses Inserieren polizeiwidrig werden²⁹⁾.

Dementsprechend muß die Zeitungsreklame eines Lichtspieltheaters im Nachbarkanton (analog dem oben dargelegten Fall: BGE 51 I 289) prinzipiell zugelassen werden. Werben dagegen Inserate von kantonsfremden Theatern für Filme, die im eigenen Kanton dem Verbot durch die Zensur unterliegen, so müssen diese nicht geduldet werden. Gefährdet nämlich ein Film die öffentliche Ordnung dergestalt, daß er ein Verbot rechtfertigt, so scheint die öffentliche Ordnung durch eine Werbung aus anderen Kantonen für diesen Film nicht minder gefährdet.

Filmgewerbliche Betätigungen, die ein Kantonsgebiet irgendwie erheblich berühren, unterstehen auch den filmpolizeilichen Vorschriften dieses Kantons. Es ist dabei nicht nötig, daß die gewerbliche Tätigkeit zur Hauptsache in diesem Kanton vor sich geht. Es steht jedem Kanton frei, die Erfüllung der für eine bestimmte Gewerbeausübung auf seinem Gebiete geforderten Voraussetzungen (wie guter Leumund, Fähigkeit zur Berufsausübung etc.), unabhängig von Entscheiden anderer Kantone, zu überprüfen³⁰⁾. Insofern dies aber zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die HGF führt (wie z. B. beim Erfordernis von Fähigkeitsprüfungen in den verschiedenen Kantonen), so sind die Maßnahmen der anderen Kantone angemessen zu berücksichtigen³¹⁾.

²⁶⁾ Vgl. BGE 59 I 1.

²⁷⁾ Vgl. BGE 70 I 15.

²⁸⁾ Vgl. BGE 51 I 289.

²⁹⁾ Vgl. für den Geltungsbereich des kant. Polizeirechtes auch Marti S. 110ff.

³⁰⁾ Vgl. BGE 41 I 291.

³¹⁾ Vgl. dazu Marti S. 113.

4. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die filmpolizeilichen Maßnahmen müssen, in Übereinstimmung mit der geltenden Lehre des Verwaltungsrechts, zweckadäquat sein. Sie dürfen die individuelle Freiheit nicht mehr beschränken, als es der von ihnen verfolgte Zweck unbedingt erfordert³²⁾. Dieser Grundsatz spielt in der Praxis eine erhebliche Rolle, weil die Polizeibehörden häufig dazu neigen, eine Tätigkeit, die eine unerwünschte Störung bringt, vollständig zu unterdrücken, statt sie sinngemäß zu beschränken. So verletzt beispielsweise eine gesetzliche Bestimmung, wonach allgemein der Betrieb von Lichtspieltheatern in unmittelbarer Nähe von Schulhäusern verboten wird, die HGF. Der verfolgte Zweck, die Phantasie der Schulkinder durch die Standbilder nicht auf Abwege zu leiten, kann durch das weniger einschneidende Verbot der Standbildreklame für solche neben Schulhäusern gelegene Lichtspieltheater erreicht werden (BGE 53 I 265). Die Frage der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes ist weitgehend auch eine Frage des freien Ermessens. Es müssen jeweilen im konkreten Fall die vorliegenden Umstände und Bedingungen untersucht werden. Für den Kanton Baselstadt hat das Bger zwar das gesetzliche Verbot von Kinobetrieben neben Schulhäusern mit der HGF als unvereinbar erklärt³³⁾, jedoch im selben Jahr die gleiche Bestimmung im Kanton Bern geschützt, weil keine Verletzung der HGF bestehe, wenn die Bewilligung zum Betriebe eines Kinos in der Nähe eines Schulhauses auf dem *Lande* verweigert werde (BGE 53 I 271). Eine Vorschrift, die in der Stadt unangemessen ist, kann auf dem Lande sich wohl rechtfertigen. Die Psyche der Kinder ist in der Stadt eine andere als auf dem Lande. Das Landkind ist jedem Einfluß viel mehr unterworfen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf auch nicht durchbrochen werden, um die gewerbepolizeiliche Kontrolle zu erleichtern. So darf eine Polizeierlaubnis nicht deshalb verweigert werden, weil das Unternehmen abgelegen ist und eine Überwachung schwierig erscheint (BGE 38 I 457).

Jede polizeiliche Bestimmung muß sowohl sachlich als auch zeitlich verhältnismäßig sein. Sachliche Verhältnismäßigkeit will heißen, daß der verfolgte Zweck nicht durch einen weniger einschneidenden Eingriff gerade so gut zu erreichen sein darf. Zeitliche Verhältnismäßigkeit bedeutet, daß die polizeiliche Bestimmung nur so lange zu Recht besteht, als sie nicht zeitlich ihren Zweck überlebt hat, indem z. B. die Gefährdung untergegangen ist. Rechtfertigten beispielsweise die leicht entflammbaren Filme strenge feuerpolizeiliche Vorschriften, so sind diese in dem Moment zeitlich und sachlich unverhältnismäßig geworden, in welchem feuersichere Filme verwendet werden.

³²⁾ Vgl. Fleiner, Institutionen S. 404ff., Voigt S. 86ff., Bietenholz S. 27, Frank L. S. 33, BGE 38 I 457, 48 I 149, 52 I 222, 63 I 212, 66 I 19, 70 I 1, 71 I 86, 73 I 10, 73 I 219.

³³⁾ Vgl. BGE 53 I 265.

Filmpolizeiliche Bestimmungen, welche dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widersprechen, verletzen die HGF. Bei der Behandlung der einzelnen kantonalen Filmrechtserlasse wird deshalb immer die Frage der Verhältnismäßigkeit zu prüfen sein.

5. Die Arten der Polizeiakte

a) Einteilung

Die gewerbepolizeilichen (filmpolizeilichen³⁴) Akte können präventiv oder repressiv wirken. Sie können vorbeugen wollen, indem eine besondere Gefahren bergende Tätigkeit einer Polizeierlaubnis unterstellt wird, oder sie können auch eine besonders gefährliche gewerbliche Tätigkeit überhaupt verbieten (so z. B. das Hausieren mit leicht verderblichen Lebensmitteln, öffentliche Filmvorführungen von Aufklärungsfilmen (Sexualfilmen) etc.). Doch müssen sämtliche Maßnahmen auf polizeilichen Gründen beruhen. Es dürfen sich nicht hinter ihnen wirtschaftspolitische, soziale oder Wohlfahrtsmotive verstecken. In zahlreichen, das Kinogewerbe betreffenden Entscheiden³⁵) betonte das Bger., daß Maßnahmen, welche lediglich aus Gründen der allgemeinen Wohlfahrt darauf ausgehen, die wirtschaftlichen Einwirkungen eines Gewerbezweiges zu korrigieren, wie insbesondere die durch ihn geförderte Gelegenheit zum Luxus und zu Vergnügungen einzudämmen, nicht mit der HGF vereinbar seien. Es geht nicht an, Vorstellungen zu untersagen, weil angesichts der Wirtschaftsnot kein Bedürfnis für sie vorhanden sei (BGE 59 I 106).

Eine Beschränkung der Zahl der Kinos, welche auf dem Argument beruht, daß man im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt die durch die Kinos geförderte Gelegenheit zum Luxus und zu Vergnügungen eindämmen müsse, verletzt die HGF (BGE 49 I 87).

Eine analoge Ausdehnung des Gastwirtschaftsgesetzes auf die Lichtspieltheater unter Anführung ähnlicher Motive für eine Beschränkung ihrer Zahl nach Maßgabe des Bedürfnisses ist abzulehnen (BGE 47 I 34).

Maßnahmen zum Schutze kleiner und mittlerer Betriebe gegen die ruinöse Konkurrenz von Großbetrieben finden höchstens eine wirtschaftspolitische, sicher keine gewerbepolizeiliche Begründung. Sie halten der HGF nicht stand (BGE 61 I 161).

b) Die Gewerbeaufsicht

Der Zweck der Filmpolizei ist der Schutz der öffentlichen Rechtsgüter im Filmgewerbe. Die Filmpolizei hat repressiv einzugreifen, wo die öffentliche Ordnung schon gestört ist (beispielsweise bei Ausbruch eines Kinotumults (Kinodemonstration) etwa bei Vorführung eines politischen Films).

³⁴) Was für die Gewerbepolizei im allgemeinen gilt, gilt immer auch für die Filmpolizei im speziellen.

³⁵) Vgl. BGE 40 I 480, 41 I 42, 47 I 40, 49 I 87, 59 I 106 etc.

Bei einem Eingreifen hat die Polizei sich immer an den Störer zu halten³⁶⁾. Eine polizeirechtliche Haftung existiert nur für diesen (BGE 60 I 121, 63 I 213). Störer ist derjenige, welcher die Polizeiwidrigkeit *unmittelbar* verursacht. Es geht beispielsweise nicht an, einen Film, der an und für sich die öffentliche Ordnung nicht gefährdet, zu verbieten, weil politische Gruppen ihn zu Demonstrationen mißbrauchen. Dies würde sonst die freie Meinungsäußerung einschränken und direkt zu einer Filmzensur des Pöbels führen. Die Polizei darf nur gegen die Ruhestörer (d. h. hier gegen die Demonstranten) vorgehen³⁷⁾. Insbesondere darf die Polizei sich nicht statt an den Störer an den Veranlasser der Störung oder gar an Nichtstörer (gestörte) halten. Einzig wenn der Veranlasser direkt eine Störung der öffentlichen Ordnung bezweckt hat, kann sich die Polizei an diesen halten³⁸⁾.

Wenn ein polizeilicher Notstand vorliegt (d. h. wenn es der Polizei nicht gelingt, trotz Einsatz aller verfügbaren Mittel und Kräfte gegen den Störer die Störung abzuwenden), darf die Polizei sich im öffentlichen Interesse an Nichtstörer halten, sofern das öffentliche Interesse größer erscheint als der Nachteil, welchen der Nichtstörer dadurch erduldet³⁹⁾.

Die Filmpolizei hat aber auch präventiv zu wirken (beispielsweise durch Einführung der Bewilligungspflicht), da eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch das Filmgewerbe in verstärktem Maße wahrscheinlich erscheint.

Für beide Arten der filmpolizeilichen Eingriffe ist die natürliche Voraussetzung, daß die Störungen der Verwaltung bekannt sind. Dazu kann eine fortlaufende, eine periodische oder eine einmalige Aufsicht oder Kontrolle erforderlich sein. (Ein Aufsichtsverhältnis zwischen Staat und Individuum ist hier, wie bei jeder Rechtsordnung, Voraussetzung ihrer Geltung.) Die Aufsicht umfaßt:

- α) die Beobachtung und Feststellung der Tatbestände,
- β) den polizeilichen Eingriff (Gebot, Verbot, Ersatzvornahme, Strafe).

³⁶⁾ Vgl. Fleiner, Institutionen S. 404, Voigt S. 93ff.

³⁷⁾ Vgl. auch Hatschek, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 165ff., BGE 63 I 222.

³⁸⁾ Vgl. Voigt S. 97. Allerdings scheint mir Voigts Kritik an Fleiners Beispiel fehlzugehen. Ein Ladeninhaber oder ein Kinobesitzer, welcher durch seine Reklame eine verkehrshindernde Personenstauung auf der Straße verursacht, bezweckt wohl kaum die Verkehrsstockung vor seinem Betriebe. Er wünscht vielmehr die Leute als Kunden zu gewinnen. Die Verkehrsstockung ist eine ungewollte Folge der Kundenwerbung. Voigts Auffassung hätte zur Folge, daß schließlich jede wirkungsvolle Reklame, die das Interesse des Publikums erweckt, verboten werden könnte. Ein Vorgehen der Polizei gegen den Laden- oder Kinobesitzer ist deshalb unzulässig. (Vgl. auch Fleiner Inst. S. 403 und die Zitate bei Voigt S. 98 Anm. 14).

³⁹⁾ Vgl. Voigt S. 104/5.

Zur Sicherstellung der Kontrolle kann die Filmpolizei diejenigen Maßnahmen ergreifen, die zur Erreichung des Polizeizweckes notwendig und die diesem Zweck angemessen sind. Sie können beispielsweise jederzeit freien Zutritt zu den Filmvorführungen verlangen. Das gleiche Recht besitzen die Mitglieder der Zensurkommissionen, obwohl diese häufig nicht Polizeibeamte, sondern Privatpersonen sind. Man kann sich deshalb fragen, ob eine derartige typisch polizeiliche Aufgabe wie die Überwachung der Filmvorführungen zu Recht Personen überantwortet werden darf, die in keinerlei Disziplinarverhältnis zur Verwaltung stehen⁴⁰⁾.

Zur Erleichterung der Gewerbeaufsicht schuf die Verwaltung verschiedene vom Bger sanktionierte Mittel. Für gewisse Tätigkeiten kann eine Meldepflicht verlangt werden. Dies ist z. B. häufig bei Installationen von elektrischen Anlagen oder Heizungen der Fall (BGE 70 I 190).

Auch eine Publikationspflicht darf gefordert werden. Bei juristischen Personen kann die Publikationspflicht auch auf Organe und Angestellte ausgedehnt werden. Dies erleichtert nicht nur die Aufsicht, sondern gibt dem Publikum Aufklärung über die fraglichen Unternehmungen (BGE 70 I 223).

Schließlich kann sogar eine Kautionspflicht bestehen. Allerdings ist eine Kautionspflicht im Filmgewerbe kaum angängig. Der Kautionspflicht unterstehen vielmehr nur die Berufe, welche häufig mit größeren anvertrauten Kapitalien zu tun haben, so etwa der Handel mit Gülden und Schuldbriefen, Geschäftsagenten, Rechtsanwälte usw. Die Kaution haftet sowohl für Ansprüche des Staates als auch für diejenigen geschädigter Dritter. Der Anspruch des Staates besitzt jedoch keinen Vorrang.

Die Gewerbeaufsicht schließt aber auch den polizeilichen Eingriff in sich. Denn nur durch Beobachtung und Feststellung des Tatbestandes ist kein polizeirechtsmäßiger Zustand gewährleistet. Werden die filmpolizeilichen Gebote und Verbote nicht befolgt, so kann die Filmpolizei nötigenfalls zur Ersatzvornahme und zur Ausfällung der vorgesehenen Strafen schreiten.

c) Die Polizeierlaubnis

Die Filmpolizei hat die Aufgabe, für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit etc. im Filmgewerbe zu sorgen. Somit ist ein Polizeieingriff nur insoweit gerechtfertigt, als eine

⁴⁰⁾ Vollends zu weit geht die Luzerner Bestimmung, wonach den Pressevertretern der in Luzern erscheinenden Zeitungen freier Eintritt in den Lichtspieltheatern gewährt werden muß. Ohne die Bedeutung der Filmkritik zu schmälern, ist einzuwenden, daß der Filmkritiker in keiner Weise staatliche Funktionen ausübt und deshalb hier zu Unrecht von staatlichem Imperium profitiert. Vgl. kant. Lichtspielgesetz v. 3. März 1942 § 18 Abs 4: „Der Inhaber eines Lichtspieltheaters ist verpflichtet, ständigen Filmreferenten ortsansässiger Tageszeitungen den unentgeltlichen Zutritt zu den Vorführungen zu gestatten“.

Bedrohung der öffentlichen Ordnung tatsächlich vorliegt. Ferner dürfen die polizeilichen Maßnahmen den Einzelnen in seiner filmgewerblichen Tätigkeit nicht mehr einschränken als es der Polizeizweck unbedingt erfordert.

Es liegt in der Natur der Sache, daß das Polizeirecht bestimmte Formen herausgebildet hat, die auf allen Sachgebieten zur Anwendung kommen und die nach gewissen einheitlichen Normen des Verwaltungsrechts zu beurteilen sind. Hierunter figuriert in erster Linie die sog. Polizeierlaubnis (auch Approbation, Patent, Genehmigung, Bewilligung und oft fälschlicherweise sogar Konzession genannt). Daß es sich hier um keine Konzession handelt, liegt im Charakter der Polizeierlaubnis. Eine Konzession, d. h. ein Recht verleihen kann nur derjenige, dem das Recht zusteht. Der Staat kann also nur dort eine Konzession verleihen, wo er ein Monopol innehat. Eine Gewerbekonzession kommt somit nur bei monopolisierten Gewerben in Frage. Würde z. B. bei uns das Filmgewerbe wie in Norwegen verstaatlicht, so wäre die Verleihung bestimmter Theaterkonzessionen möglich. Diese Konzessionen wären, im Gegensatz zur Erteilung von Polizeierlaubnissen, in keiner Weise an die HGF gebunden. Die Verleihung derartiger Monopolkonzessionen schließt die freie Konkurrenz und die HGF aus⁴¹⁾.

Im Interesse der öffentlichen Ordnung kann der Kanton sogar ganze Gewerbe verbieten. Dieses radikale Vorgehen ist nur gerechtfertigt, wenn ein Unternehmen in seinem ganzen Umfange schlechthin polizeiwidrig ist. Häufiger wird ein Gewerbe aber bloß besondere Gefahren in sich bergen, d. h. infolge seiner Beschaffenheit besonders leicht zu Übergriffen und zu Störungen der öffentlichen Ordnung führen. Eine vorbehaltlose Unterdrückung würde hier den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen. Es kommt nur ein bedingtes Verbot in Frage. Es entspricht auch dem Wesen der Polizei, daß sie sich nicht in repressiver Tätigkeit erschöpft, sondern in erster Linie präventiv tätig wird. Der Öffentlichkeit ist hiermit mehr gedient. Ein besondere Gefahren in sich bergendes Gewerbe soll bedingt verboten sein, d. h. nur denjenigen offenstehen, die infolge persönlicher oder sachlicher Voraussetzungen eine gewisse Garantie für eine polizeilich einwandfreie Gewerbeausübung bieten. Man nennt dies im Verwaltungsrecht — nach Otto Mayer⁴²⁾ — ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Die Einführung der Bewilligungspflicht ist nur dort am Platze, wo die Gewerbeausübung besondere Gefahren für die Allgemeinheit mit sich bringt. Dies wird nun allgemein für das Filmgewerbe, insbesondere für das Kinogewerbe angenommen. Das Kinogewerbe zeitigt besondere Gefahren

⁴¹⁾ Einen Spezialfall bildet die Sondernutzungskonzession, welche aber für das Filmgewerbe in keiner Weise von Bedeutung ist und deshalb hier außer Betracht fällt.

⁴²⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II S. 240ff.

für die öffentliche Sittlichkeit, welche die Einführung der Bewilligungspflicht rechtfertigt. Es besteht allerdings kein Zwang für die Kantone, diese Bewilligungspflicht einzuführen⁴³⁾. Die Einführung der Bewilligungspflicht darf sich nur auf polizeiliche, nicht etwa auf wirtschaftspolitische und ähnliche Gründe stützen⁴⁴⁾.

Die Bewilligungspflicht im Filmgewerbe muß, wie die Polizeierlaubnis im allgemeinen, auf Gesetz oder Verordnung fußen, sonst wäre das Prinzip der Gesetzmäßigkeit verletzt. Die Polizeierlaubnis verleiht dem Einzelnen nicht ein neues Recht auf Gewerbeausübung, denn das Recht auf freie Gewerbeausübung ist dem Individuum schon durch die Verfassung gegeben und kann logischerweise nicht ein zweites Mal durch den Kanton (bzw. Gemeinde) verliehen werden. Die Polizeierlaubnis hat vielmehr *rein formelle Bedeutung*. Gesetz und Verordnung können nur die Bedingungen aufstellen, unter welchen die Polizeierlaubnis erteilt werden *muß*. Diese Bedingungen können persönlicher oder sachlicher Natur sein, wobei es hier häufig zu Streitfällen kommt, ob die persönlichen oder sachlichen Voraussetzungen erfüllt seien. Es gibt Grenzfälle, bei denen einzig das freie Ermessen der Polizeibehörden entscheidet. Wer unstreitig alle Bedingungen erfüllt, hat ein subjektives Recht auf Erteilung der Polizeierlaubnis. Für denselben Beruf müssen die Verhältnisse persönlicher oder sachlicher Art, welche der polizeilichen Prüfung unterliegen, die gleichen sein. So darf beispielsweise die Erteilung eines Lichtspieltheaterpatentes nicht von Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die bei anderen Bewerbern nicht gefordert wurden. Bezieht sich die Prüfung nur auf sachliche Mittel des Gewerbes, so kann die Polizeierlaubnis nicht deshalb verweigert werden, weil der Gesuchsteller einen zweifelhaften Charakter aufweist, einen schlechten Leumund besitzt oder angeblich zur Gewerbeausübung unfähig ist.

Andererseits ist die Polizeierlaubnis nicht in dem Sinne unabänderlich, daß nicht später erhöhte Anforderungen gestellt werden dürften. War beispielsweise die Erteilung der Polizeierlaubnis zur Ausübung des Lichtspieltheatergewerbes in einem Kanton bisher nicht vom Besitze des guten Leumundes abhängig, so kann die Polizeibehörde durch Revision des Erlasses, wenn es nötig erscheint, diese neue Voraussetzung einführen.

Wegen Tatsachenirrtums und sogar wegen irrtümlicher Gesetzesanwendung kann die Erteilung der Polizeierlaubnis noch nachträglich von der Verwaltung angefochten werden, mit der Wirkung, daß die irrtümlich erlaubte Tätigkeit nicht fortgesetzt werden darf⁴⁵⁾.

⁴³⁾ Die Übersicht der kantonalen Filmrechtserlasse zeigt, daß nicht alle Kantone von diesem Recht Gebrauch gemacht haben.

⁴⁴⁾ So lehnte das Bger es ab, das Coiffeurgewerbe dem Patentzwang zu unterstellen (BGE 70 I 33).

⁴⁵⁾ So stützte das Bger den Entzug eines Wirtschaftspatentes, dessen Erteilung auf einer irrtümlichen Gesetzesanwendung beruhte (BGE 48 I 41).

Liegt ein abweisender Entscheid hinsichtlich einer Polizeierlaubnis vor, die nur für eine bestimmte Frist Geltung hätte und die nach Ablauf dieser Frist erneuert werden müßte, so gilt die Abweisung auch nur für diese Frist. Das Gesuch um Bewilligung kann nach Ablauf dieser Frist neu gestellt werden, und die Polizeibehörde hat das Gesuch neu zu überprüfen⁴⁶⁾.

Jeder Kanton kann für diejenige bewilligungspflichtige Gewerbetätigkeit die Einholung einer Polizeierlaubnis verlangen, die auf seinem Kantonsgebiet ausgeübt wird. Hat z. B. ein Lichtspieltheaterbesitzer in einem Kanton ein Theater mit dazugehörigem Patent, so muß er dennoch, will er in anderen Kantonen weitere Lichtspieltheater eröffnen, auch in diesen ein Patent einholen, sofern die betreffenden Kantone die Bewilligungspflicht vorsehen.

Die Kantone müssen im allgemeinen die Polizeierlaubnis sowohl den Kantonseinwohnern als auch den Kantonsfremden erteilen. Nur wenn ein bestimmter sachlicher Grund vorliegt, kann eine Polizeierlaubnis von der Niederlassung im Kanton abhängig gemacht werden. Solche sachlichen Gründe werden allgemein für die Ausübung des Lichtspieltheatergewerbes angenommen, die meisten Kantone machen die Patenterteilung von der Niederlassung im betreffenden Kanton abhängig. Es fragt sich hier insbesondere, ob außer der Niederlassung des verantwortlichen Leiters auch die Niederlassung des Lichtspieltheaterbesitzers gefordert werden darf. Mit anderen Worten fragt es sich, ob die sachlichen Gründe, welche den Niederlassungszwang für die Leiter von Kinematographen rechtfertigen, auch für die Lichtspieltheaterbesitzer zutreffen. Welches sind diese Gründe? Die Begründung liegt gewissermaßen schon im Charakter der polizeilichen Tätigkeit. Selbst dort, wo die Polizeitätigkeit in Gesetzen normiert ist, wird die Polizei immer noch einen weiten Raum freien Ermessens besitzen. Betrachtet man beispielsweise die Filmzensur, so wird es in den seltensten Fällen möglich sein, rein objektiv festzustellen, ob ein Film die öffentliche Ordnung verletze oder nicht⁴⁷⁾. Ein Verbot wird vielmehr weitestgehend vom subjektiven Empfinden des Zensors abhängen. Es ist dies durch die Tatsache bewiesen, daß häufig Filme nur in einzelnen Kantonen verboten werden. Polizeigüter wie die öffentliche Ordnung, Sittlichkeit etc. sind abstrakte Begriffe, die sich im Laufe der Zeiten wandeln und von Kanton zu Kanton und von Mensch zu Mensch verschieden beurteilt werden. Solange aber für den Film noch solche besonderen polizeirechtlichen Beschränkungen für nötig erachtet werden und man nicht glaubt,

⁴⁶⁾ Besonders wichtig ist dies für die Erteilung und Verweigerung von Wirtschaftspatenten, die meist nur auf ein Jahr ausgestellt werden, und bei denen die Bedürfnisfrage immer wieder neu zu überprüfen ist (BGE 49 I 95).

⁴⁷⁾ Die Zensurbestimmungen sind durchwegs sehr allgemein formuliert: „Die Vorführung unsittlicher, verrohender oder sonst anstössiger Filme ist verboten, ...“ (§ 25 zch. VO).

sich mit dem strafrechtlichen Schutz der Sittlichkeit begnügen zu dürfen⁴⁸⁾, genügt aber auch das *forum delicti commissi* nicht. Der polizeirechtliche Schutz ist viel weitergehend und unbestimmter als der strafrechtliche. Geradewegs jede filmgewerbliche Tätigkeit trägt die Möglichkeit in sich, doch noch irgendwie diesen weiten und unbestimmten Filmpolizeischutz zu tangieren. Die Filmpolizei kann unerwartet sich zum plötzlichen Eingreifen veranlaßt sehen. Es muß dann hier die Möglichkeit bestehen, sofort der kompetenten Stelle, d. h. dem verantwortlichen Leiter, die nötigen Anweisungen zu erteilen. Diese sachlichen Gründe rechtfertigen ohne Überspannung den Niederlassungszwang des verantwortlichen Leiters⁴⁹⁾. Hingegen ist nicht ersichtlich, welche Gründe die gleiche Vorschrift für den Lichtspieltheaterbesitzer erfordern könnten. In Frage käme höchstens die Gefahr einer Steuerflucht: diese scheidet aber in Anbetracht, daß das Theater ein eigenes Geschäftsdomizil begründet (was gefordert werden kann), aus. Somit darf kaum zu Recht der Niederlassungszwang vom Lichtspieltheaterbesitzer verlangt werden. (Einwandfrei ist hingegen die zeh. VO, welche in § 1 vorschreibt: „Kinematographenbesitzer *oder* -leiter bedürfen eines kant. Gewerbepatentes.

Dieses wird nur erteilt an im Kanton Niedergelassene...“.)

Die Voraussetzungen, von denen die Erteilung einer Polizeierlaubnis abhängt, sind entweder persönlicher oder sachlicher Art oder beides zusammen. Für das Filmgewerbe sind in fast allen Kantonen sowohl persönliche als auch sachliche Voraussetzungen gefordert. In Zürich ist beispielsweise sowohl ein kantonales Gewerbepatent als auch eine polizeiliche Bewilligung der Gemeinde erforderlich, wobei das kantonale Patent auf persönlichen (guter Leumund), die Gemeindebewilligung auf sachlichen (bau-, sicherheits-, gesundheits-, feuer- und verkehrspolizeilichen) Anforderungen beruht.

Soweit nur sachliche Voraussetzungen für die Polizeierlaubnis ausschlaggebend sind, wird diese von einem Wechsel der Person des Betriebsinhabers nicht betroffen. (Für den Kanton Zürich bedeutet dies, daß bei einem Wechsel des Kinobesitzers nur die kantonale Bewilligung in Frage stehen kann.) Allerdings wird es trotzdem möglich sein, z. B. bauliche Änderungen aus baupolizeilichen Gründen, welche dem früheren Besitzer nicht mehr hätten zugemutet werden können, dem neuen Patentinhaber zu überbinden.

So kann u. a. aus bau- und feuerpolizeilichen Gründen vorgeschrieben

⁴⁸⁾ Wenn der Film, was sich durchaus vertreten ließe, der Pressefreiheit unterstellt würde (BV Art. 55) und dementsprechend nur noch den Schranken des Strafrechts unterworfen wäre, ließe sich ein Niederlassungszwang in keiner Weise mehr rechtfertigen. Das *forum delicti commissi* würde genügen.

⁴⁹⁾ Vgl. ähnliche Überlegungen für Wirtschaften und Apotheken in BGE 51 I 380; 59 I 189. (Eine weitergehende Vorschrift allerdings, daß der Wirt im Wirtschaftsgebäude selber wohnen müsse, läßt sich nach dem Bger nicht durch das Interesse an der Wahrung der öffentlichen Ordnung rechtfertigen.)

werden, daß die Theaterlokale Erdgeschoßräumlichkeiten (mit massiven Umfassungsmauern) sein müssen, ferner, daß die oberen Stockwerke des Gebäudes keine feuergefährlichen Betriebe enthalten und nicht größeren Menschenmengen zum Aufenthalt dienen dürfen⁵⁰⁾. Mindesthöhe des Zuschauerraumes, der Apparatenkabine, die Anzahl und Größe der Gänge und Eingänge, die Entfernung der Stuhlreihen voneinander etc. dürfen festgesetzt werden⁵¹⁾. Doch muß jedes gesetzliche Erfordernis im bau- oder feuerpolizeilichen Interesse liegen, sei es, daß die Vorschrift einer reibungslosen Räumung des Theatersaales bei einem Brandausbruch dient, sei es, daß schon an und für sich durch sie ein Brandausbruch möglichst vermieden werden soll. Für eine baupolizeiliche Beurteilung von Kinoprojekten dürfen nur Motive der öffentlichen Sicherheit, nicht z. B. auch ästhetische ausschlaggebend sein⁵²⁾.

Verkehrspolizeiliche Vorschriften können beispielsweise die Lichtreklame betreffen. Diese darf den öffentlichen Verkehr nicht stören. Die Kinokasse darf nicht derart placiert sein, daß Personenstauungen vor der Kasse Verkehrshindernisse bilden, etc.

Gesundheitspolizeiliche Vorschriften regeln die Lüftung des Zuschauerraumes, die Bildgröße der Projektion, die Toilettenräume etc.

Hängt die Polizeierlaubnis hingegen von persönlichen Voraussetzungen des Kinobesitzers oder -leiters ab, so ist sie grundsätzlich unübertragbar. Die Prüfung der persönlichen Voraussetzungen bezieht sich entweder auf allgemeine Eigenschaften (Charakter, guter Ruf, Geschlecht, Staatszugehörigkeit, Alter usw.) oder auf bestimmte Fähigkeiten (Können und Wissen) oder auf beides zusammen. Die Polizeierlaubnis darf nur dann von bestimmten Fähigkeiten abhängig gemacht werden, wenn diese für die Berufsausübung relevant sind. Im einzelnen wird er häufig eine Ermessensfrage sein, ob bestimmte Eigenschaften oder Fähigkeiten zur Berufsausübung erforderlich sind. Die Auffassung hierüber kann wechseln. Die fortschreitende Entwicklung eines Berufszweiges oder der Wandel der öffentlichen Meinung über seine Bedeutung kann mit sich bringen, daß seine Ausübung vom Nachweis positiver Charaktereigenschaften oder bestimmter Fachkenntnisse abhängig gemacht wird, die bisher nicht erfor-

⁵⁰⁾ Vgl. z. B. Zch. VO § 4.

⁵¹⁾ Vgl. z. B. Zch. VO §§ 5—18.

⁵²⁾ Gerade in Zürich verkennt die Baupolizei ihre Aufgabe immer mehr und ist vollständig dazu übergegangen, vorgelegte Pläne auch vom „ästhetischen“ Standpunkte aus zu prüfen. Es geschah dies beispielsweise durch Beizug eines Kunstmalers zur Beurteilung der vorgeschlagenen Häuseranstriche, durch Ablehnung von grünen Fensterläden für Neubauten (nur noch graue gestattet!) etc. Solche „ästhetische“ Entscheide aus „städtebaulichem Interesse“ häufen sich in den letzten Jahren dermaßen, daß zu wünschen wäre, die Baupolizei würde sich auf ihre eigentliche Aufgabe zurückbesinnen.

derlich waren. Umgekehrt kann ein Gewerbe bspw. infolge der technischen Entwicklung seine besondere Gefährlichkeit verlieren, so daß ein Schutz durch den Nachweis besonderer Fachkenntnisse nicht länger erforderlich erscheint. Die Anforderungen, die an die Charaktereigenschaften oder an das Können und Wissen gestellt werden, dürfen nicht überspannt sein und müssen dem Gegenstand entsprechen.

Für einzelne Gewerbe, wie Liegenschafts- und Stellenvermittlung, Handel mit Wertpapieren, Hausierhandel, Trödel, Wirtschafts- und Lichtspieltheatergewerbe etc. darf (und wird fast durchwegs) ein guter Leumund verlangt werden. Es ist dies eine Forderung der präventiven Sittenpolizei. Voraussetzung hierzu ist immer eine besondere sittliche Gefährdung durch das betreffende Gewerbe. Bei der Stellenvermittlung bspw. hängt das sittliche Wohl der Stellensuchenden im hohen Maße von der Integrität des Vermittlers ab. Der Hausierhandel bietet besondere Gelegenheit zu Diebstahl, der Trödel zur Hehlerei. Liegenschafts- und Zimmervermittlung, Wirtschafts- und Lichtspielgewerbe können der Unzucht dienen, etc. Kein Grund zur Forderung eines guten Leumundes bildet dagegen eine besonders enge körperliche Berührung bei der Berufsausübung mit dem Kunden. So verneinte das Bger solch ein Erfordernis für Tanzlehrer⁵³⁾ und Coiffeure⁵⁴⁾. Beim Handwerker im allgemeinen dürfen keine besonderen sittlichen Anforderungen gestellt werden. So lehnte es das Bger ab, die Berufsausübung einem Schuster aus Gründen der Moralität zu verbieten⁵⁵⁾.

Beim Lichtspieltheatergewerbe hingegen ist das Erfordernis des guten Leumundes berechtigt. Die Gefahr ist naheliegend, daß auch unsittliche Bilder oder Filme gezeigt werden. Es kann dies außerhalb der ordentlichen Vorführungszeit in geschlossenen Vorstellungen geschehen und somit der Kontrolle entgehen.

Unter gutem Leumund darf nicht ein in jeder Beziehung exemplarischer Lebenswandel verstanden werden. Zu Recht hat deshalb das Bger entschieden, daß zur Verweigerung des Wirtschaftspatentes nicht genüge, daß die Wirtin vor längerer Zeit ehebrecherische Beziehungen unterhalten hat⁵⁶⁾. Der schlechte Leumund darf nur ein Hinderungsgrund sein, wenn die gegenwärtige Lebensführung nicht einwandfrei ist oder aber aus den früheren Verfehlungen auf einen bleibenden sittlichen Defekt geschlossen werden muß.

Die Polizeierlasse dürfen auch bestimmte persönliche Voraussetzungen der Angestellten fordern. Beispielsweise sind die gesetzlichen Anforderungen an den Kino-Operateur häufig strenger als an den Lichtspieltheaterbesitzer oder -leiter. Es erklärt sich dies aus dem Umstand, daß der Posten des Operateurs der verantwortungsvollste im Lichtspieltheatergewerbe ist. Die

⁵³⁾ Vgl. BGE 54 I 271.

⁵⁴⁾ Vgl. BGE 77 I 33.

⁵⁵⁾ Vgl. BGE 67 I 12.

⁵⁶⁾ Vgl. BGE 43 I 15.

zürcherische Kinoverordnung⁵⁷⁾ ermächtigt beispielsweise die Gemeindebehörden, eine Prüfung der Operateure darüber zu verlangen, daß diese die nötigen Eigenschaften und Kenntnisse ihres Berufes besitzen. Die VO selber schreibt sogar direkt einen Ausweis über den Besitz der nötigen Eigenschaften und Kenntnisse als Kino-Operateur vor. Ferner ist ein Mindestalter von zwanzig Jahren, ein guter Leumund und das männliche Geschlecht vorgesehen. Insofern die zürcherische VO⁵⁸⁾ für den Dienst als Operateur nur männliche Personen zulassen will, verletzt sie die HGF. Das Bger entschied hier in einem Parallellfall (Anwaltsberuf), daß die Zulassung zu einem Berufe nicht vom Aktivbürgerrecht abhängig gemacht werden darf⁵⁹⁾. In concreto ist die Bestimmung besonders unhaltbar, weil die Berufsausübung von einer Prüfung der nötigen Eigenschaften und Kenntnisse abhängt. Es ist nicht einzusehen, weshalb Personen weiblichen Geschlechts von vornherein die Qualifikationen zum Filmoperateur abgesprochen werden dürfen. Insbesondere rechtfertigt sich diese Vorschrift auch nicht aus feuerpolizeilichen Gründen, denn bei den modernen Mitteln der Feuerbekämpfung ist es sichtlich ohne Einfluß, ob den Posten eines Filmoperateurs eine Frau oder ein Mann ausübt. Es kommt hier kaum auf besondere Kraftleistungen an. Es darf als sicher angenommen werden, daß diese Bestimmung vor Bger, welches konsequent ablehnte, die Frau in dem für sie ohnehin schwereren Konkurrenzkampf zu benachteiligen, keinen Schutz finden würde. Mit der HGF ist unvereinbar, aus einer überkommenen und veralteten Anschauung heraus Frauen, unter dem Vorwand polizeilicher Motive, den Zugang zu Berufen versperren zu wollen.

Der Bewilligungspflicht unterliegen alle Lichtspieltheater mit öffentlichem, nicht nur diejenigen mit gewerbsmäßigem Betrieb. Es ergibt sich dies daraus, daß die öffentliche Ordnung und Sicherheit in gleicher Weise bedroht ist, ob die Veranstaltungen gewerbsmäßig stattfinden oder nicht⁶⁰⁾. Doch sollte der Begriff der Öffentlichkeit nicht zu extensiv ausgelegt werden. Öffentlich ist eine Filmvorführung wohl nur dann, wenn sie prinzipiell jedermann und nicht nur einem bestimmten, eng umschriebenen Personenkreis zugänglich ist. Es geht m. E. viel zu weit, auch denjenigen der Bewilligungs- und Zensurpflicht zu unterstellen, der in seinem Privathause Filme vorführt, selbst wenn er dabei seinen Freunden und Bekannten erlaubt, Leute mitzubringen, die ihm selber unbekannt sind. Das Zürcher Obergericht jedoch sprach auch diesen *privaten* Veranstaltungen den privaten Charakter ab und unterstellte sie der Bewilligungs- und Zensurpflicht⁶¹⁾!

⁵⁷⁾ Vgl. zch. Kinovo § 22.

⁵⁸⁾ Vgl. zch. Kinovo § 22 Abs. 2.

⁵⁹⁾ Vgl. BGE 49 I 14.

⁶⁰⁾ Betreibt etwa ein großes Warenhaus ein Hauskino, um der Kundschaft Reklamefilme zu zeigen, so würde dieses z. B. in Zürich zwar kein Gewerbe-patent, aber doch eine Gemeindebewilligung benötigen.

⁶¹⁾ Vgl. BlzR 48/261ff. (Entscheid v. 3. Febr. 1949).

B. Besonderer Teil

1. Die Filmzensur

Die Filmzensur ist die einschneidendste und auch umstrittenste filmpolizeiliche Maßnahme. Demzufolge fand sie in der Literatur eine umfangreiche Bearbeitung. Es kann hier auf die erst 1949 erschienene eingehende Monographie von H. Aepli, *Die Filmzensur in der Schweiz*, verwiesen werden⁶²⁾. Um eine unnötige Doppelspurigkeit zu vermeiden, soll deshalb auf eine Darstellung des formellen und materiellen Zensurrechts (Zensurentscheide und Zensurgründe) der einzelnen Kantone verzichtet werden. Dagegen ist die Frage, inwiefern die Filmzensur überhaupt zulässig ist, näher zu untersuchen.

Unter Zensur definiert man „jeden Verwaltungsakt, der nach inhaltlicher Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer Äußerung in formellem Verfahren über die generelle Zulässigkeit (Erlaubnis oder Verbot) ihrer Mitteilung entscheidet“⁶³⁾. Diesem Zensurbegriff im weitesten Sinne untersteht jegliche menschliche Äußerung, ob sie nun durch Presse, Film oder Vortrag etc. öffentlich verbreitet wird. Eine Zensur in diesem weitesten Sinne kann auch auf Grund der polizeilichen Generalklausel ausgeübt werden. Presseerzeugnisse, welche die öffentliche Ordnung stören, können beschlagnahmt, Vorträge und Filmvorführungen untersagt werden⁶⁴⁾. Jedes Freiheitsrecht (so auch die Gewerbe- und die Pressefreiheit) ist nur im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung garantiert. Für jedes Freiheitsrecht bestehen bestimmte zivil-, straf- und verwaltungs-(polizei-)rechtliche Schranken.

Der eigentliche Zensurbegriff ist enger. Er umfaßt nur die inhaltliche Prüfung der menschlichen Äußerung auf ihre Rechtmäßigkeit *vor* ihrer Verbreitung in der Öffentlichkeit. Dementsprechend verstehen wir hier unter Filmzensur die filmpolizeiliche Prüfung des Filminhalts auf seine Rechtmäßigkeit vor der ersten öffentlichen Aufführung. Denn nur die Vorzensur (die insbesondere auch der Pressefreiheit widerspricht) kann streitig sein. In diesem Sinne aufgefaßt, ist die Filmzensur ein typisches Mittel der Präventivpolizei.

(Faßt man dagegen den Begriff der Filmzensur weiter, so lassen sich drei Zensursysteme unterscheiden: a) die Vor- oder Präventivzensur⁶⁵⁾,

⁶²⁾ Diss. Zeh. 1949. Vgl. ferner für Zürich insbesondere B. Neidhart, *Die Praxis der Filmzensur im Kanton Zürich*, SA aus ZBl 1946, Nr. 11.

⁶³⁾ Definition Kruedener zit. bei Keel, *Juristische Terminologie*, Zürich 1939.

⁶⁴⁾ So beispielsweise, wenn sie zu Ausschreitungen gegen Juden oder bei einem Streik zu Gewalttaten gegen die Arbeitswilligen oder zu Dienstverweigerung aufhetzen, vgl. BGE 58 I 230, 60 I 125 und 59 I 16.

⁶⁵⁾ Erfreulicherweise wird diese nur noch im Kanton Luzern gehandhabt, obwohl noch sieben weitere Kantone sie in ihren Filmrechtserlassen vorsehen

b) die Nach- oder Repressivzensur⁶⁶⁾, c) das sog. gemischte System, d. h. nur bestimmte Filmkategorien, deren Charakter eine besondere Gefährdung der Polizeirechtsgüter erwarten läßt, werden der Präventivzensur unterworfen⁶⁷⁾. Diese Unterscheidung ist jedoch für uns bedeutungslos, denn die Zulässigkeit der Repressivzensur wird kaum je bestritten werden⁶⁸⁾. Es ist der Polizei ja nicht nur gestattet, sondern viel mehr ihre Pflicht, Störungen der öffentlichen Ordnung zu unterdrücken. Werden solche Störungen durch Filmvorführungen hervorgerufen, so müssen die Vorführungen des betreffenden Filmes untersagt werden. Diese repressive Filmzensur ist deshalb auch im Kanton Bern zulässig, obwohl dieser Kanton (durch die umfassende Formulierung seiner verfassungsmäßigen Garantie der freien Meinungsäußerung) den Film gleichsam der Pressefreiheit unterstellt. Art. 77 der Berner Kantonsverfassung gewährleistet ausdrücklich „die Freiheit der Mitteilung der Gedanken durch Worte, Schrift, Druck und *bildliche* Darstellung“.)

Zuerst wird zu prüfen sein, ob der Film der Pressefreiheit untersteht. Trifft dies zu, so ist die Zensur⁶⁹⁾ unzulässig; denn die Pressefreiheit bedeutet in erster Linie ein Zensurverbot⁷⁰⁾. Die Pressefreiheit in Art. 55 BV will die freie Meinungsäußerung garantieren. Dabei kann es nur von sekundärer Bedeutung sein, in welcher Form diese Meinungsäußerung vor sich

(Aargau, Glarus, Graubünden, St. Gallen, Schwyz, Thurgau und Uri). Vgl. Aepli S. 101.

⁶⁶⁾ Die Nachzensur kennen die Kantone Bern, Nidwalden und Zug sowie Graubünden gemäß seiner Praxis (Graubünden kennt sogar nur eine beschränkte Nachzensur auf allfälliger Anzeige von dritter Seite hin, vgl. so Aepli S. 103, Anm. 107). Eine Prüfung der Filme während den öffentlichen Vorstellungen auf ihre Rechtmäßigkeit müßte nötigenfalls den Polizeibehörden auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung auf Grund der polizeilichen Generalklausel zugestanden werden.

⁶⁷⁾ Beispielsweise handhabt Zürich dieses gemischte System. Der Vorzensur unterstehen zur Zeit nur: Aufklärungsfilme (Sexualfilme), Gruselfilme, sog. Serienfilme (Fortsetzungsfilme) und Kriminallustspiele. (Vgl. Kreisschreiben der Polizeidirektion vom 24. Nov. 1943. Vor diesem Datum unterlagen auch noch Filme politischen Inhalts diesem Obligatorium.) Der Vorteil dieses Systems ist seine Anpassungsfähigkeit, können doch die der Vorzensur unterstellten Filmkategorien je nach den Zeitumständen abgeändert, ergänzt oder eingeschränkt werden. (Aepli (S. 103) befürwortet dieses gemischte System.)

⁶⁸⁾ Dagegen kann der *Umfang* dieser repressiven Zensur sehr wohl streitig sein. So genügt eine Kritik an der öffentlichen Ordnung für ein Filmverbot keinesfalls. Der Film muß vielmehr direkt zu einer Störung der öffentlichen Ordnung führen, etwa, indem er zu einer gewaltsamen Änderung der Rechtsordnung aufreizt.

⁶⁹⁾ „Zensur“ steht im folgenden immer für Präventivzensur.

⁷⁰⁾ Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 372, Nef, Pressefreiheit in SJK 321/2.

geht, ob sie sich wirklich der Druckerpresse oder irgend eines anderen äquivalenten Mittels bedient⁷¹⁾).

Sinn und Wurzel der Pressefreiheit sind die nämlichen wie bei den Freiheitsrechten im allgemeinen. Insbesondere stellt die Pressefreiheit einen Grundpfeiler jeder echten Demokratie dar. Erst durch sie ist dem Individuum die Möglichkeit gegeben, seine persönlichen Empfindungen und Anschauungen zu verbreiten und für sie um die nötige Anhängerschaft zu werben. Ohne sie wäre eine wertvolle politische, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit undenkbar. Dabei ist es gerade der Sinn der Pressefreiheit, daß auch Äußerungen, die Kritik an der Rechtsordnung des Staates üben, zugelassen werden müssen⁷²⁾.

Durch das Recht auf freie Meinungsäußerung soll u. a. auch Minderheiten die Möglichkeit geboten sein, ihre Ideen populär zu machen und dadurch auf eine Änderung mißliebiger Gesetze hinzuwirken. Geht man aber von diesem Sinne des Artikels aus und bleibt man nicht an dessen Wortlaut kleben, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb Art. 55 BV nur die Meinungsäußerung durch die Presse im engsten Sinne hätte garantieren wollen⁷³⁾. Der Wortlaut des Artikels erklärt sich vielmehr historisch: zur

⁷¹⁾ Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 365: „Es wäre nicht gut denkbar, daß Art. 55 BV dem Einzelnen die Freiheit garantieren sollte, seine Meinung durch das Mittel der Presse zu äußern, nicht aber durch das gesprochene oder geschriebene Wort, wie in der Gestalt einer Rede, einer Theateraufführung, der *Vorführung eines Tonfilmes*, in der Form eines Briefes, oder durch bildliche Darstellungen, wie durch Gemälde, Plastiken, bzw. durch musikalische Aufführungen kundzutun“. Vgl. ferner S. 366: „Infolgedessen genießen den Schutz der Pressefreiheit nicht nur die eigentlichen periodischen und nicht periodischen Presseerzeugnisse, wie Zeitungen, Zeitschriften, Bücher... sondern auch diejenigen Gedankenäußerungen, die durch ein anderes mechanisches Verfahren als dasjenige der Presse vervielfältigt worden sind, wie z. B. das gedruckte Bild, die Grammophonplatte, das hektographierte Schriftstück, der *Film*...“. Vgl. ferner A. Ernst, Die Schranken der Pressefreiheit S. 78 79. Anderer Ansicht Burckhardt, Kommentar S. 514, Aepli S. 61. Ferner beharrt auch das Bger auf dem Wortlaut des Art. 55 BV, indem es in BGE vom 30. I. 1931 i. S. Praesens Film AG c. RR Schaffhausen (zit. Aepli S. 62) betont: „Formell liegt nämlich ein Presseerzeugnis nur dann vor, wenn der Gegenstand, auf dem ein Gedanke ausgedrückt ist, vervielfältigt und dem Publikum zur unmittelbaren Kenntnismahme zugänglich gemacht wird. Bei Kinovorstellungen wird nun aber nicht dem Publikum ein vervielfältigter Gegenstand zur unmittelbaren Kenntnismahme vorgelegt; was der Zuschauer sieht, sind bewegte Bilder, ohne Substrat, einer szenischen Vorführung im Theater vergleichbar, die den Schutz der Pressefreiheit auch nicht genießt“.

⁷²⁾ Vgl. etwa BGE 39 I 585, 50 I 200, 52 I 263.

⁷³⁾ Aepli (S. 63) u. a. Autoren sind demgegenüber der Ansicht, daß die Presse (im wörtlichen Sinne) als erstrangiges Mittel der politischen Willensbildung eine Sondergewährleistung durchaus verdiene, denn der Film habe „in der Regel primär eben doch nur Unterhaltungscharakter“. Diese Behauptung

Zeit der Verfassungsgesetzgebung war die Presse das einzige in Frage stehende Kommunikationsmittel. Fortschritte der Technik können aber nicht nur neue Kommunikationsmittel aufkommen lassen, sondern könnten direkt zu einer weitgehenden Verdrängung der Presse führen. In diesem Falle ist aber offensichtlich eine gleiche Freiheitsgarantie für die modernen und zukünftigen Mittel der öffentlichen Verbreitung individueller Meinungsäußerungen demokratisches Erfordernis⁷⁴). Ob jemand seine wissenschaftlichen oder politischen Ansichten oder seine künstlerischen Empfindungen in Form eines Presseerzeugnisses oder in Form eines Filmes verbreitet, darf keine Rolle spielen. Selbst wenn man annimmt, daß die Möglichkeit, seine Meinung durch den Film kundzutun, weiter geht als die Freiheit der Meinungsäußerung durch die Presse⁷⁵), so wäre darin um so mehr ein Grund zu sehen, das wirkungsvollere Mittel in den Dienst der freien Meinungsäußerung zu stellen. Art. 55 BV will ja dem Einzelnen kein wirkungsloses Mittel in die Hand geben. Im Gegenteil, der Einzelne soll die Möglichkeit haben, seiner Ansicht, sei sie nun politischer, wissenschaftlicher oder künstlerischer Art, zum Durchbruch zu verhelfen. Die Filmzensur (und zwar auch eine zu extensive Repressivzensur) verunmöglicht dies⁷⁶).

Gibt man aber (entgegen der bisherigen Praxis⁷⁷)) der Pressefreiheit diese vom engsten Wortlaut losgelöste sinngemäße Auslegung, so kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß Filmvorführungen vollumfänglich unter den Schutz der Pressefreiheit fallen⁷⁸).

Die Praxis hingegen faßt die Filmzensur als gewerbepolizeiliche Maßnahme auf und argumentiert, die Vorführung von Filmen diene nicht zur Betätigung des Rechts der freien Meinungsäußerung, sondern geschehe in

wird aber durch die Tatsache widerlegt, daß das Verhältnis von reiner Unterhaltungsliteratur zu informatorischen Veröffentlichungen keineswegs besser ist als das Verhältnis von reinen Unterhaltungsfilmen zu Wochenschaufilmen u. a. informatorischen Filmen (Dokumentar- und Kulturfilme, politische und andere Tendenzfilme).

⁷⁴) Vgl. Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 152ff., Bundesstaatsrecht S. 241ff.

⁷⁵) So z. B. Aeppli S. 61 Anm. 26.

⁷⁶) Es sei dies am folgenden Beispiel gezeigt. Ein Anhänger der Lehre Malthus will Art. 120 StGB um die soziale Indikation bereichert wissen. Er möchte seine Idee durch das Mittel des Filmes populär machen, weil sich im Film das Elend einer zu kinderreichen Proletarierfamilie am wirkungsvollsten zeigen läßt. Nach der Zensurpraxis sind aber Filme, welche das Thema der Abtreibung behandeln, selbst wenn diese nirgends gezeigt wird, verboten (vgl. Aeppli S. 135).

⁷⁷) Vgl. BGE 51 I 306, 55 I 226, BGE vom 6. Juli 1942 i. S. Tobis-Film AG. c. Zürich in ZBl 43/398ff. (auch ZBl 43/369ff.). BGE vom 21. Sept. 1928 i. S. Prometheus Film AG. c. Zürich, in ZBl 29/480ff.

⁷⁸) Anderer Ansicht: Burckhardt, Kommentar S. 513/4, Aeppli S. 61ff., Ruck, Verwaltungsrecht II S. 32.

Erfüllung des wirtschaftlichen Zwecks des Kinounternehmens und demgemäß in Ausübung der Gewerbefreiheit⁷⁷⁾. Als Gewerbebetrieb könne ihnen aber nach den Wirtschaftsartikeln die Bewilligungspflicht vorge-schrieben werden, mit welcher die Zensur verbunden ist. Diese Begründung ist nicht stichhaltig und entspricht dem Wesen des Filmes keineswegs. Demgemäß würde eine Zeitschrift oder ein illustriertes Magazin, wenn es auch ausschließlich wertloseste Romane und zweifelhafte Bilder veröffent-licht, dem ideellen Zweck der freien Meinungsäußerung dienen, während selbst der höchststehende (vielleicht sogar subventionierte!) Film nur einen wirtschaftlichen Zweck erfüllen würde. Beim Filmgewerbe ist zu unter-scheiden zwischen dem eigentlichen Gewerbebetrieb (welcher allen ge-werbepolizeilichen Anforderungen genügen muß) und dem Film, welcher ein Mittel der freien Meinungsäußerung oder des Ausdrucks von Kunst-empfindungen bildet. Schließlich muß der gleiche Unterschied ja auch zwischen dem Druckereigewerbe (für welches alle polizeilichen Beschrän-kungen gelten) und dem Druckerzeugnis (welches der Pressefreiheit unter-steht) gemacht werden⁷⁹⁾.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Pressefreiheit die freie Meinungsäußerung garantieren will und somit sämtliche private Kom-munikationsmittel⁸⁰⁾ umfaßt. Demzufolge untersteht auch der Film der Pressefreiheit und ist die Filmzensur unzulässig⁸¹⁾.

Nimmt man entgegen dem oben vertretenen Standpunkt mit der Praxis an, daß die Zensur eine rein gewerbepolizeiliche Maßnahme darstelle, so stellt sich die Frage ihrer Zulässigkeit in Hinsicht auf ihre Verhältnis-mäßigkeit.

Bildet die Filmzensur eine verhältnismäßige, d. h. eine zweckadäquate gewerbepolizeiliche Maßnahme? Bedroht der Film im allgemeinen die öffentliche Ordnung derart, daß sich eine Zensur rechtfertigt und seine erste öffentliche Vorführung nicht abgewartet werden kann! (Dabei muß

⁷⁹⁾ Selbst der Einwand, daß Verlag und Druckerei erst der Produktion der Presseerzeugnisse diene, wogegen das Kinogewerbe schon die öffentliche Ver-breitung des Filmes bezwecke, kann nicht dazu berechtigen, den Film anderen polizeilichen Schranken zu unterstellen, als sie für die Verbreitung von Presse-erzeugnissen zulässig wären. Die Pressefreiheit garantiert nämlich sinngemäß nicht nur die Herstellung, sondern auch die Verbreitung der Presseerzeugnisse. Offensichtlich wäre eine Pressefreiheit wertlos, bei welcher die Verbreitung der Druckerzeugnisse untersagt werden könnte. Somit gibt auch dieser Einwand keinen Zensurgrund ab.

⁸⁰⁾ Eine Ausnahme bilden selbstverständlich die staatlichen Kommunika-tionsmittel, wie Radio und Fernsehen, die auf Grund von BV Art. 36 ein Bundes-monopol darstellen. Allerdings erscheint auch die Unterstellung des Radio-wesens unter Art. 36 BV reichlich problematisch; vgl. die berechnete Kritik bei Marti S. 222ff.

⁸¹⁾ Schon am Juristentag von 1916 vertrat E. Henggeler in ihrem Referat, Kinematograph und Gewerbefreiheit, diesen Standpunkt (vgl. ZSR 35/489ff.).

wieder betont sein, daß die sog. repressive Zensur, d. h. ein Einschreiten der Polizei gegen Filmvorführungen, welche die öffentliche Ordnung stören, zweifellos rechtmäßig ist, denn die Verfassung garantiert immer nur eine polizeirechtmäßige Betätigung der Freiheitsrechte.) Die negative Antwort auf unsere oben gestellte Frage ergibt sich aus der Statistik, indem nur ein kleiner Prozentsatz aller vorgeführten Filme zu Beanstandungen Anlaß gibt⁸²). Demgemäß kann die Präventivzensur auch kein polizeiliches Erfordernis bilden⁸³). Der Nachteil, den die Kinobesitzer dadurch erleiden, daß sie die Filme vorgängig der öffentlichen Vorführung den Zensurbehörden zu zeigen haben, steht in keinem Verhältnis zum geringen Vorteil dieser umfassenden Kontrolle, um so mehr, als es sich in der Regel nicht um gravierende Verletzungen der öffentlichen Ordnung handeln wird. Die Kinobesitzer werden im eigenen Interesse vermeiden, Filme zur Vorführung zu bringen, von denen sie vorneherein annehmen müssen, daß sie polizeiwidrig sind. Sie würden sich sonst nur den unliebsamen Umständen und Unkosten von Polizeiverboten ihrer Filme aussetzen. Es wird sich demzufolge ausschließlich um Filme handeln, bei denen man in guten Treuen über ihre Zulässigkeit verschiedener Meinung sein kann. Die Störungen der öffentlichen Ordnung, welche diese Filme bis zu ihrem Verbot anrichten könnten, werden dementsprechend derart minim sein, daß sie überhaupt nicht ins Gewicht fallen. Es kommt noch dazu, daß der Begriff der öffentlichen Ordnung (und die Zensurgründe können nur allgemein umschrieben werden⁸⁴)) derart abstrakt ist, daß die Zulässigkeit der Filme weitestgehend vom freien Ermessen der Zensurbehörde abhängt⁸⁵). Der Ausschluß der Zensur dient deshalb auch dem Schutz vor willkürlichen Filmverböten. Es wird der Zensurbehörde schwerer fallen, von ihrem freien Ermessen einen zu extensiven Gebrauch zu machen, wenn sie der öffentlichen Kritik ausgesetzt ist. (Der Schutz vor Willkür (Art. 4 BV) durch das Bger wird hier, da das freie Ermessen eine derart große Rolle spielt, kaum genügen.)

Der Film dient dem künstlerischen Ausdruck und der freien Meinungsäußerung. Für diese ideellen Güter ist die Freiheit von hoher Bedeutung. Es kann ohne sie keine Kunstentwicklung, noch überhaupt eine wertvolle

⁸²) Vgl. die statistischen Angaben bei Aepli S. 127, und für Zürich bei Neidhart S. 12.

⁸³) Aepli (S. 79) verneint die Verfassungsmäßigkeit der obligatorischen Präventivzensur wegen mangelnder Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, hält aber andererseits die fakultative Präventivzensur für Filmkategorien, welche die öffentliche Ordnung besonders bedrohen, für zulässig.

⁸⁴) Vgl. auch Aepli S. 122: „Die Regel bildet vielmehr die durchaus zweckmäßige Formulierung der Zensurgründe als Generalklausel mit Aufzählung von Beispielen zur Verdeutlichung, ...“.

⁸⁵) Als Unikum darf wohl verzeichnet werden, daß der amerikanische *Polizeifilm* zur Verbrechensbekämpfung: „Verbrechen lohnt sich nicht“ im Kanton Luzern von der Zensur verboten wurde!! (Entscheid der Zensurkommission vom 23. XI. 1943, zitiert bei Aepli S. 129).

geistige Entwicklung geben. Höchste Zurückhaltung von kleinlichen Verböten ist deshalb dem Film gegenüber am Platze. Die Haltung der Verwaltung ist auf diesem Gebiete in den meisten Kantonen verständnisvoll. Um so eher sollte es möglich sein, von der Präventivzensur überhaupt Umgang zu nehmen. Der Film hat heute im allgemeinen ein beträchtliches künstlerisches Niveau erreicht⁸⁶⁾, was vollauf rechtfertigt, ihn von der Zensur zu befreien. Selbst wenn man die Filmzensur nur als gewerbepolizeiliche Maßnahme auffaßt, ist sie ein unverhältnismäßiger Eingriff in die HGF und deshalb unzulässig. Vereinzelte Verletzungen der Rechtsordnung könnten durch eine nachträgliche Kontrolle erfaßt werden. Dadurch wäre auch die Gefahr einer mißbräuchlichen oder willkürlichen Anwendung der kantonalen Filmzensur gebannt⁸⁷⁾.

Im allgemeinen wird wenig Positives durch Verbote geschaffen, viel wertvoller ist eine Erziehung zum Schönen, Ästhetischen und Guten, eine Erziehung, welche das Minderwertige erkennen und meiden läßt. Schließlich bot die Pressefreiheit nicht nur minderwertiger Literatur Vorschub. Es ist nicht einzusehen, weshalb derartige Befürchtungen für den Film gehegt werden müssen.

2. Der Jugendschutz

Die meisten kantonalen Kinoerlasse enthalten besondere Jugendschutzvorschriften. Nach ihrem Charakter lassen sich diese zur Hauptsache in zwei Gruppen gliedern:

a) Vorschriften, welche die Filmvorführung,

b) Vorschriften, welche die Beschäftigung von Jugendlichen im Filmgewerbe betreffen.

a) Bei den Vorschriften betreffend Filmvorführung kann man zur Hauptsache:

Vorschriften über das Mindestalter der Jugendlichen für die Zulassung zu Filmvorführungen und

Vorschriften über die Art der für Jugendliche zugelassenen Filme unterscheiden.

Die Besonderheit dieser Vorschriften liegt darin, daß ihre Grundlage primär nicht im Polizeirecht, sondern in der Stellung des Staates als oberste Vormundschaftsbehörde zu suchen ist⁸⁸⁾. Die polizeilichen Maßregeln er-

⁸⁶⁾ Ganz abgesehen von seiner immensen Bedeutung als Informationsquelle. In allen größeren Städten vermitteln heute spezielle Wochenschaukinos Nachrichten aus aller Welt.

⁸⁷⁾ Insbesondere neigen die Zensurbehörden häufig dazu, nicht den normalen Menschen als Maßstab zu nehmen, sondern Filme zu verbieten, weil sie sich bei „Psychopathen“ und „labilen Elementen“ verheerend auswirken könnten. Ein Argument, welches nicht nur in Zensurenentscheiden (vgl. Aeppli S. 130), sondern auch schon im Parlament zur Begründung eines Postulates für eine Filmgesetzgebung verwendet wurde (vgl. Postulat Meili v. 26. Okt. 1937).

⁸⁸⁾ Vgl. E. Henggeler S. 489ff.

scheinen dementsprechend nur als Sicherung zur Durchführung dieser besonderen Aufgaben des Staatswesens. Aus der Stellung des Staates als oberste Vormundschaftsbehörde leitet das Bger insbesondere eine Erziehungsaufgabe und Erziehungspflicht des Staates ab, die weiter geht als die Aufstellung des Schulzwanges⁸⁹⁾. Daraus folgt, daß die Zulassung von Jugendlichen auch über dem schulpflichtigen Alter⁹⁰⁾ aus anderen als polizeilichen — nämlich aus erzieherischen — Gründen eingeschränkt werden darf. Die Kantone können Jugendlichen den Besuch selbst von solchen Filmvorführungen untersagen, von denen keine schädliche Wirkung auf die kindliche Psyche zu erwarten ist. Viele Kantone machen demgemäß die Zulassung eines Filmes für Jugendliche auch von dessen besonderem erzieherischen Wert abhängig⁹¹⁾. Soweit der Staat öffentliche Eingriffe hinsichtlich der Erziehung Jugendlicher als notwendig erachtet, tritt das Erziehungsrecht der Eltern ohne weiteres zurück, und können sich diese im Umfange der betreffenden Regelung nicht mehr auf ihre elterliche Gewalt berufen⁹²⁾. Es zeigt sich, daß sich die elterliche Gewalt (ZGB Art.

⁸⁹⁾ So ausdrücklich in BGE 42 I 269: „Der Jugend gegenüber hat der Staat als Organisation der Gesellschaft eine besondere Aufgabe, diejenige der Erziehung, die sich nicht auf die Vermittlung von Wissen und Bildung durch Einrichten von Schulen und Aufstellung des Schulzwanges beschränkt, sondern auch auf anderen Gebieten zur Geltung kommen kann, wo Erziehungspflicht und Erziehungsrecht der Eltern nach den Umständen nicht ausreichen“. Vgl. ferner BGE 43 I 251: „Die staatliche Erziehungspflicht geht zweifellos über das schulpflichtige Alter hinaus, wobei die Grenze der allgemeinen Schulpflicht nicht ohne weiteres die Grenze für andere Beschränkungen erzieherischer Art zu bilden braucht“. Burckhardt, Kommentar S. 241 bezeichnet diese Begründung des Bger's als zweifelhaft, ohne allerdings eine Begründung anzugeben.

⁹⁰⁾ Es stellen denn auch nur fünf Kantone (Aargau, Basel, Bern, Freiburg und Nidwalden) ausdrücklich auf das Alter der Schulentlassung ab, während sieben Kantone (Appenzell I.-R., Luzern, Obwalden, Schwyz, Uri, Zug, Zürich) bis zum achtzehnten Altersjahr gehen. Acht Kantone (Basel, Genf, Glarus, Graubünden, Schaffhausen, Solothurn, Tessin, Thurgau) nehmen das sechzehnte Altersjahr als Grenze; drei Kantone (Neuenburg, Waadt, Wallis) bezeichnen zwar das sechzehnte Jahr allgemein als Grenze, sehen jedoch die Möglichkeit vor, für einzelne Filme auf das achtzehnte Altersjahr hinaufzulegen.

⁹¹⁾ So Zürich, vgl. Kreisschreiben der Polizeidirektion über die Filmvorführungen für Jugendliche vom 27. Nov. 1942, Ziff. 3: „Die Polizeidirektion bezeichnet nur solche Filme als geeignet, die keine für Jugendliche dieser Altersstufe schädliche Stellen enthalten, und überdies einen erzieherischen wertvollen Gehalt aufweisen, ...“. Vgl. ferner Neidhart S. 10, Aepli S. 144. Z. B. wurde in Basel ein Film für Jugendvorstellungen abgelehnt, weil er zwar schöne Heimatbilder, aber in einer derartigen Fülle aufweise, daß das Kind die einzelnen Eindrücke nicht festhalten könne (Entscheid zitiert bei Aepli S. 145).

⁹²⁾ Vgl. Egger, Kommentar zum ZGB (Familienrecht) S. 360: „Das Interesse der Gesellschaft und des Staates an der Wohlfahrt der jungen Generation einerseits, die Kleinheit und Schwäche der heutigen Familie andererseits

273ff.) auf die häusliche Erziehung der Kinder beschränkt, und daß die Zulassung von Jugendlichen zu öffentlichen Lokalen aus polizeilichen und Wohlfahrtsgründen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterliegen kann.

Die Kompetenz zu *polizeilichen* Beschränkungen steht zweifellos fest. Es ist auch offensichtlich, daß für die Polizeischränken für Jugendliche ein strengerer Maßstab angelegt werden darf. Filme, die dem reifen Menschen ohne weiteres gezeigt werden dürfen, können sich beim noch labilen jugendlichen Menschen schädlich auswirken. Besonders gefährdet ist der Jugendliche vom vierzehnten bis zum achtzehnten Lebensjahr. Es sind dies die Pubertätsjahre mit ihren häufigen Entwicklungsschwierigkeiten. Nicht umsonst werden diese Jahre als das Alter der „problematischen Reife“ bezeichnet⁹³). Diese Entwicklung nimmt aber keineswegs schon mit dem sechzehnten Altersjahr ihr Ende. Im Gegenteil bilden das sechzehnte bis achtzehnte Lebensjahr die sog. Sturm- und Drangperiode, die Zeit einer gesteigerten Vitalität und eines gesteigerten Lebenshungers, wobei aber die Charakterfestigkeit, die sittliche und moralische Reife des erwachsenen Menschen noch fehlt⁹⁴). Diese entwicklungsbedingte Charakterlage berücksichtigt schließlich auch das Strafgesetz⁹⁵), indem dem Jugendlichen bis zum achtzehnten Altersjahr (in gewissem Maße sogar noch dem Minderjährigen bis zum zwanzigsten Altersjahr⁹⁶), eine milde Beurteilung zugesichert ist. Die gleichen Umstände, die eine verminderte Straffälligkeit fordern, rechtfertigen aber auch vorsorgliche Maßnahmen gegenüber Jugendlichen aus *wohlfahrtspolitischen* Gründen. Der Ausschluß jugendlicher Personen von Filmvorführungen geschieht somit nicht nur aus polizeilichen Gründen, nicht nur aus dem Gesichtspunkte der Wahrung der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung, „sondern auch als Ausfluß der Erziehungsgewalt des Staates, kraft deren er die Jugend vor Verwahrlosung zu schützen und von unnützen oder schädlichen Ausgaben abzuhalten berufen ist“⁹⁷). Dieser wohlfahrtspolitische Gesichtspunkt des Schutzes der Jugendlichen vor zu großen Ausgaben kommt in den absoluten Beschränkungen der Anzahl der Jugendvorstellungen zum Ausdruck⁹⁸).

führen im modernen Recht zu einer Teilung der Aufgaben, welche sich aus der Heranbildung der Kinder ergeben, zwischen Staat und Familie. . . .

⁹³) Vgl. Hafer, Strafrecht, allg. Teil S. 472.

⁹⁴) So bezeichnet Henggele (ZSR 35 489) das 18. Lebensjahr als empfehlenswerte Grenze für das Schutzalter, „weil (vorher) das moralische und ethische Unterscheidungsvermögen noch nicht genügend ausgebildet ist“. Gl. Ans.: Guex (ZSR 35 489), Neidhart S. 10; anderer Ansicht: Kern, Jugendschutz und Kino, SA aus SFS Nr. 10/11, 1945.

⁹⁵) Vgl. StGB Art. 89ff.

⁹⁶) Vgl. StGB Art. 100.

⁹⁷) Vgl. BGE 51 I 32, 39 I 16, 41 I 268, 42 I 274, 43 I 260.

⁹⁸) So werden beispielsweise in Zürich dem gleiche Kinobesitzer höchstens zwölf Jugendvorstellungen pro Kalenderjahr bewilligt (vgl. Kreisschreiben der Polizeidirektion über die Filmvorführungen für Jugendliche v. 27. Nov. 1942).

Zusammenfassend ergibt sich nach der Praxis des Bger's über die zulässigen Beschränkungen betreffend Filmvorführungen für Jugendliche folgendes Bild:

1. Jugendliche können bis zu einem bestimmten Schutzalter von den ordentlichen Filmvorführungen ausgeschlossen werden. Das Schutzalter ist von Kanton zu Kanton verschieden, es ist jedoch in keinem Kanton über das 18. Altersjahr ausgedehnt. Das Bger hat diese, häufig als zu hoch empfundene Altersgrenze⁹⁹⁾, in wiederholten Entscheiden geschützt¹⁰⁰⁾ und es ausdrücklich abgelehnt, eine einheitliche Grenze von Bundes wegen zu ziehen¹⁰¹⁾.

2. Dagegen dürfen spezielle Jugendvorstellungen nicht grundsätzlich verboten werden. Die Behauptung nämlich, daß Filmvorführungen auf die kindliche Psyche immer schädlich wirkten, ist in dieser allgemeinen Formulierung nicht richtig. Sie verkennt die hervorragende Bedeutung des Filmes als Mittel des Anschauungsunterrichts¹⁰²⁾. Es ist jedoch bei Jugendvorstellungen wiederum möglich, Kinder unter einem gewissen Alter gänzlich von den Vorstellungen auszuschließen, selbst wenn die maßgebenden Vorschriften nicht ausdrücklich einen Unterschied zwischen der jüngeren und älteren Jugend machen¹⁰³⁾.

3. Außerdem kann die Zahl der zu bewilligenden Jugendvorstellungen limitiert und die Jugendvorstellungen auf gewisse Tageszeiten beschränkt werden. Insbesondere können Jugendvorstellungen am Abend untersagt werden.

⁹⁹⁾ Vgl. z. B. Kern, a.a.O. S. 4ff. Kern spricht einer Ausdehnung des Schutzalters über das 16. Lebensjahr jede Berechtigung ab, indem die Entwicklungs- und Erziehungsperiode der Kinder und der Jugendlichen in zwei Etappen zerfalle mit einer deutlichen Zäsur im 16. Altersjahr. Bis dahin spiele sich das Leben des Kindes nicht in der allgemeinen Volksgemeinschaft, sondern ausschließlich in Familie und Schule ab. Mit dem 16. Altersjahr jedoch trete der Jugendliche ins Erwerbsleben und in die Volksgemeinschaft. Selbst der Geschlechtsverkehr werde vom Staat nicht mehr mit Strafe bedroht. Die Gefährdung des Jugendlichen aber durch Lesen schlechter Literatur, Besuch von Dancings, Variétés, durch Bilder, illustrierte Zeitschriften, Frauen von schlechtem Ruf sei unendlich viel größer als die Gefährdung durch den Film, der durch die Zensur stark gesäubert wurde.

Außerdem sei die Kontrolle bei einem Schutzalter von 18 Jahren praktisch außerordentlich erschwert, denn die Natur habe die gleiche Zäsur gemacht. Während man einen Jugendlichen unter 16 Jahren verhältnismäßig leicht feststellen könne, stoße dies nach dem 16. Altersjahr, nachdem bereits die sekundären Geschlechtsmerkmale in Erscheinung getreten sind, auf fast unüberwindliche Schwierigkeiten.

¹⁰⁰⁾ Vgl. BGE 51 I 32 und dortige Zitate.

¹⁰¹⁾ Vgl. BGE 43 I 251.

¹⁰²⁾ Vgl. BGE 39 I 12, 48 I 470.

¹⁰³⁾ Vgl. BGE 51 I 32.

4. Ferner kann die Bewilligung für eine Jugendvorstellung vom ethischen, ästhetischen und erzieherischen Wert des Filmes abhängig gemacht werden, wobei die Prüfung in den meisten Kantonen von den Schulbehörden vorgenommen wird. (Wie denn auch in den meisten Kantonen¹⁰⁴) für eine Übertretung der Jugendschutzvorschriften eine Bestrafung durch die Schulbehörden vorgesehen ist.)

b) Die Vorschriften betreffend die Beschäftigung von Jugendlichen im Filmgewerbe haben vor allem gesundheitspolizeilichen Aspekt. Eine bundesrechtliche Regelung besteht nicht, einzig die Ruhezeit des Personals der Lichtspieltheater ist durch eine Verfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 14. Jan. 1935¹⁰⁵) geregelt. (Insbesondere fallen die Lichtspieltheater nicht unter das BG über die Beschäftigung der jugendlichen und weiblichen Personen in den Gewerben vom 31. März 1922¹⁰⁶).

Die Beschäftigung Jugendlicher unter 18 Jahren im Filmgewerbe ist in acht Kantonen¹⁰⁷) verboten, während fünf Kantone sogar das 20. Altersjahr (resp. die Volljährigkeit) vorsehen¹⁰⁸). Drei Kantone sehen für die Operateure das 20., für die übrigen Angestellten das 18. Altersjahr vor¹⁰⁹). Die übrigen neun Kantone besitzen diesbezüglich keine ausdrückliche Vorschrift.

Es ist einleuchtend, daß die gleichen Gründe, welche den Kantonen gestatten, Jugendlichen unter achtzehn Jahren den Kinobesuch zu untersagen, die Kantone auch berechtigen, die Beschäftigung von Jugendlichen unter diesem Schutzalter im Kinogewerbe zu verbieten. Aber auch eine Ausdehnung bis zum 20. Altersjahr (bzw. Volljährigkeit) bildet keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die HGF, ist doch die sittliche Gefährdung bei den im Filmgewerbe beschäftigten Jugendlichen eine weitaus größere als beim bloß vereinzelt Kinobesuch. (Beispielsweise hat der Kinoopérateur u. a. auch die noch nicht zensurierten Filme den Zensurbehörden vorzuführen, wie auch etwa zur Auswahl gesandte, gleichfalls nicht zensierte Filme den Kinoleitern.)

Außer diesem sittenpolizeilichen wurde schon seit jeher auch ein besonderer gesundheitspolizeilicher Schutz der Jugendlichen als im Einklang mit der HGF angesehen. Gerade das Kinogewerbe (wie aber auch z. B. das Gastwirtschaftsgewerbe) mit seiner in die Nacht gehenden Arbeitszeit rechtfertigen besondere gesundheitspolizeiliche Maßnahmen zum Schutze minderjähriger Angestellter, die im Extremfalle bis zum Verbot der Beschäftigung von Minderjährigen gehen können.

¹⁰⁴) So Aargau, Baselland, Graubünden, Luzern, Schaffhausen, St. Gallen, Thurgau und Uri.

¹⁰⁵) Vgl. AS 51/595.

¹⁰⁶) Vgl. AS 39/323.

¹⁰⁷) Appenzell A.-Rh., Baselland, Baselstadt, Glarus, Schaffhausen, Solothurn, Waadt, Zug.

¹⁰⁸) Bern, Freiburg, Graubünden, Luzern, Uri.

3. Die Vorführungsbeschränkungen

Zahlreiche kantonale Filmgesetze und Verordnungen enthalten Vorschriften über die Vorführungszeiten. Wenn keine kantonalen Vorschriften über die Betriebszeiten bestehen¹⁰⁹⁾, besitzen die Gemeinden kraft ihrer Polizeihochheit die Kompetenz, die Betriebszeiten zu regeln. Einige Kantone sehen diese Kompetenz der Gemeinden ausdrücklich vor¹¹¹⁾. Von den übrigen Kantonen begnügen sich einige, das Ende der täglichen Vorführungszeit festzusetzen¹¹²⁾. Die restlichen Kantone schließlich haben Beginn und Ende der Filmvorführungen zeitlich fixiert, wobei diese meist von 15 (oder 14) Uhr bis 23 Uhr festgesetzt wurden¹¹³⁾.

Diese Beschränkungen der Vorführungszeiten hat das Bger schon früh als vom Standpunkt der HGF zulässige Polizeimaßnahme bezeichnet¹¹⁴⁾, indem für diese Maßnahmen keine wirtschaftlichen, sondern gesundheitspolizeiliche Motive ausschlaggebend seien. Im Gegensatz zu anderen Theatern und ähnlichen Etablissements besitzen die Kinos einen überaus intensiven Spielbetrieb, indem sie die ordnungsgemäße Spielzeit ununterbrochen und vollständig ausnützen. Daraus leitet das Bger ab, seien solche Betriebsvorschriften aus polizeilichen Erwägungen hinlänglich gerechtfertigt. „Es spricht dafür nicht nur die Notwendigkeit, dem Personal der Kinematographenbetriebe bei derart intensiver Inanspruchnahme anderseits eine ausreichende Nachtruhe zu sichern, sondern auch die Erwägung, daß ein so lang andauerndes Verweilen im Kino . . . bei der unausgesetzten Anstrengung der Sehkraft . . . nicht ohne Einfluß auf die Gesundheit bleiben kann, und die Gefahr, daß dadurch Augenerkrankungen, wenn nicht geradezu hervorgerufen, so doch begünstigt werden, nicht ohne weiteres abzulehnen ist“¹¹⁵⁾.

Die meisten kantonalen Filmrechtserlasse enthalten auch Bestimmungen über die einzelnen Feiertage, an welchen der Betrieb eines Lichtspieltheaters vollkommen untersagt ist. Dabei finden sich wieder von Kanton zu Kanton

¹⁰⁹⁾ St. Gallen, Wallis, Zürich.

¹¹⁰⁾ Wie in den Kantonen Appenzell I.-Rh. u. A.-Rh., Bern, Nidwalden, Schaffhausen, Solothurn, Tessin und Thurgau.

¹¹¹⁾ So Aargau, Waadt und Graubünden. Wobei aber Graubünden den Gemeinden nicht vollkommen freie Hand läßt. Art. 10 bestimmt vielmehr: „Die Gemeinden sind berechtigt, die Betriebszeit durch VO festzusetzen. Sie dürfen aber nicht vor 14 Uhr beginnen und müssen bei Polizeistunde beendet sein“.

¹¹²⁾ So Neuenburg, Wallis und Zug, welche alle drei die Bestimmung kennen, daß die Vorführungen nicht länger als 23 Uhr dauern dürfen.

¹¹³⁾ Zürich hat zwar in § 19 seiner VO die Filmvorführungen auf die Zeit von 15—22½ Uhr beschränkt, aber durch Verfügung vom 11. Jan. 1932 für das vollständige Abrollen eines laufenden Films eine Toleranzfrist bis 23 Uhr gewährt.

¹¹⁴⁾ Vgl. insbesondere BGE 49 I 87.

¹¹⁵⁾ Vgl. BGE 49 I 87.

verschiedene Regelungen, wobei verständlicherweise die Konfession des betreffenden Kantons eine ausschlaggebende Rolle spielt. Ein Verbot für Filmvorführungen am Karfreitag, Ostersonntag, eidg. Betttag und Weihnachten kann ungefähr als Norm gelten¹¹⁶⁾. Das Bger hat dieses Verbot für kinematographische Vorstellungen an einzelnen hohen, dem Kultus gewidmeten Feiertagen einer Konfession für zulässig erklärt. Dagegen bezeichnete das Bger wiederholt ein weitergehendes Betriebsverbot während der gesamten Advents- und Fastenzeit für unvereinbar mit der HGF¹¹⁷⁾. Vorschriften kirchlicher oder religiöser Natur dürfen, nach BV Art. 49 Abs. 4 die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte, also auch das Recht der freien Gewerbeausübung nach Art. 31 BV, nicht beschränken.

4. Die Kinoreklame

Fast alle Kantone regeln in ihren Kinoverordnungen nicht nur den Film, sondern ebenso dessen Ankündigung¹¹⁸⁾. Nach feststehender bger Praxis¹¹⁹⁾ stehen Ankündigungen zu gewerblichen Zwecken nicht unter dem Schutze der Pressefreiheit. Allerdings wäre die Pressefreiheit weitgehend illusorisch, wenn die Bekanntgabe und Anzeige von Presseergebnissen beliebig eingeschränkt werden dürfte. Eine Einschränkung rechtfertigt sich deshalb nur soweit, als das Presseergebnis selber Einschränkungen unterworfen werden darf. Nachdem aber gemäß bger Praxis der Film noch nicht unter dem Schutze der Pressefreiheit fällt, läßt sich aus dieser auch nicht solch ein indirekter Schutz für die Kinoreklame ableiten. Die Kinoreklame steht also einzig unter dem Schutze der HGF. Ihre Beschränkungen richten sich nach den Grundsätzen der Gewerbepolizei. Soweit

¹¹⁶⁾ Sowohl das protestantische Zürich als auch das katholische Luzern beschränken sich mit ihren Verböten für Filmvorführungen auf diese hohen Feiertage. Andere, vorab ländlich katholische Kantone, gehen weiter. Als Beispiel sei Schwyz (Art. 5) erwähnt, welches ein Verbot für Filmvorführungen an Ostern, Auffahrt, Pfingsten, Fronleichnam, eidg. Betttag, Allerheiligen, Weihnachten und den drei letzten Tagen der Karwoche vorsieht.

¹¹⁷⁾ Vgl. BGE 50 I 168, BGE v. 22. Jan. 1948 i. S. Lichtspieltheater AG c. Sarnen, zit. in WuR I 291. Demgegenüber sieht beispielsweise Art. 11 der Kino-VO des Kts. Uri v. 27. II. 1924 noch heute vor, daß der Kinobetrieb an Ostern, Pfingsten, Fronleichnam, Maria Himmelfahrt, eidg. Betttag, Allerheiligen, Weihnachten, an den Adventstagen und während der Fastenzeit den ganzen Tag eingestellt werden muß. Diese Vorschrift ist, was die Advents- und Fastenzeit anbetrifft, nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis verfassungswidrig.

¹¹⁸⁾ Vgl. bspw. § 25 der zeh. Kino-VO, wo „ebenso die Ankündigung von kinematographischen Aufführungen durch derartige (unsittliche, verrohende oder sonst anstößige) Aufschriften, Plakate, Flugblätter oder Inserate“ verboten ist.

¹¹⁹⁾ Vgl. etwa BGE 42 I 81 und Burekhardt, Kommentar S. 513.

die Kinoreklame den gleichen Vorschriften unterworfen ist wie der Film selbst, so gelten für sie dieselben Grundsätze wie für die Filmzensur, und es kann demgemäß auf diese verwiesen werden. Insbesondere ist die nach den abstrakten Begriffen „unsittlich, verrohend oder anstößig“ gemessene Zulässigkeit der Kinoreklame weitgehend dem freien Ermessen der Film-polizei unterworfen, allerdings mit der Einschränkung, daß auch die Kinoreklame nicht nach ästhetischen Gesichtspunkten beurteilt werden darf.

Eine weitere gewerbepolizeiliche Schranke gegen eine zügellose Kinoreklame (wie gegen jede überbordende Reklame überhaupt) bildet der Schutz von Treu und Glauben. Neben dem zivil- und strafrechtlichen Schutz von Treu und Glauben hat sich mit der zunehmenden Intensivierung des Werbewesens und der übergroßen Bedeutung der Reklame in immer steigendem Maße auch ein administrativer Schutz herausgebildet. Die frühere Auffassung, es möge jeder Einzelne selber zusehen, daß er nicht hintergangen werde, wird mit Recht als überholt betrachtet. Die Werbetechnik hat einen solchen Grad von Wirksamkeit erreicht, daß mit einer raffinierten Reklame auch minderwertige Filme mindestens einen Anfangserfolg erzielen können. Gerade im Filmwesen ist weitgehend nicht nur die Qualität, sondern in großem Maße auch die Propaganda ausschlaggebend. Wie jedermann, der im Konkurrenzkampf steht, eine natürliche Tendenz hat, seine Fähigkeiten und den Wert seiner Produktion besonders herauszustreichen, so versucht auch der Kinobesitzer, seine Filme besonders anzupreisen. Hierbei kann es leicht zu Auswüchsen kommen, welche Treu und Glauben verletzen. Die Reklame darf nicht auf Kosten der Wahrheit gehen. Immerhin muß dem einzelnen Wirtschaftssubjekt ein relativ großer Spielraum überlassen werden. Kein Mensch kann erwarten, daß alle Bezeichnungen und Anpreisungen wortwörtlich wahr seien und keinerlei Übertreibungen enthalten. Die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Übertreibung zu ziehen, wird nicht immer leicht sein. Bezeichnungen wie „der beste Film des Jahres“ etc. sind kaum anzufechten, da es sich dabei immer um ein subjektives Urteil handelt. Andererseits verletzt aber beispielsweise die Ausstellung von Standbildern, welche im Filme nicht vorkommen, den Grundsatz von Treu und Glauben.

Betrachtet man die Sensationstitel aus den Anfangsjahren des Filmes¹²⁰⁾, so ist eine merkliche Besserung der Filmreklame zu verzeichnen. Der Kampf um eine saubere und anständige Kinoreklame ist nicht Sache der Polizei,

¹²⁰⁾ Vgl. etwa Müsken, Die Gefahren des Kinos S. 9, wo sich folgende Filmtitel aus dem Jahre 1920 verzeichnet finden: „Das Paradies der Lebewelt“, „Die Haremsnacht“, „Wie arme, schöne Mädchen fallen“, „Das Recht der freien Liebe (Aus den verschwiegene Häusern Berlins)“, „Der Mut zur Sünde“, „Sklaven der Sinnlichkeit“, „Opfer der Schmach (Die Aufgreifung und Verführung junger Mädchen)“, „Die Tochter der Prostituierten“, „Hyänen der Lust“ usw.

sondern des Filmpublikums, welches sich nicht durch Sensationstitel irreführen lassen darf.

Zum Schlusse sei noch auf die verdienstvollen Bestrebungen des Schweizerischen Lichtspieltheaterverbandes hingewiesen, welcher in seinen Statuten¹²¹⁾ als Zweck: „insbesondere die Bekämpfung irreführender und unmoralischer Reklame“ aufgenommen hat.

III. Die fiskalischen Beschränkungen des Filmgewerbes¹⁾

1. Die öffentlichen Abgaben und die HGF im allgemeinen

BV Art. 31 Abs. 2 behält ausdrücklich kantonale Bestimmungen über die Besteuerung von Handel und Gewerbe vor: diese dürfen jedoch, soweit die BV nichts anderes vorsieht, den Grundsatz der HGF nicht beeinträchtigen. Es stellt sich somit ganz allgemein die Frage, inwieweit öffentliche Abgaben im Rahmen der HGF überhaupt zulässig oder — auf unser Thema beschränkt — inwieweit Belastungen des Filmgewerbes durch öffentliche Abgaben mit der HGF vereinbar sind.

Das Finanzverwaltungsrecht unterscheidet fünf Arten der öffentlichen Abgaben: Steuern, Gebühren, Beiträge (Vorzugslasten), Monopolabgaben und Ersatzabgaben. Davon sind Monopol- und Ersatzabgaben schon ihrer Natur nach nicht geeignet, die HGF zu verletzen. (Monopolabgaben, weil sie ein Monopol voraussetzen, was an und für sich die HGF ausschließt; Ersatzabgaben, weil diese lediglich einen Ersatz für eine dem Staate geschuldete persönliche Dienstleistung darstellen)²⁾.

Ferner haben auch die Vorzugslasten³⁾ im Filmgewerbe keine Bedeu-

¹²¹⁾ Vgl. Statuten Art. 3 lit. c.

¹⁾ Vgl. Blumenstein, Die Konzessionsgebühr auf Lichtspielunternehmungen und die kommunalen Vergnügungssteuern, in Monatsschrift für bernisches Verwaltungs- und Notariatswesen, Bd. 28 (1930) Heft 1.

Diggelmann W., Die Billettsteuer in der Schweiz, Diss. Zeh. 1944, S. 42, Das Kinematographenwesen.

Keller Willy, Die kantonalen Sondergewerbesteuern und die BV, Diss. Freiburg, S. 92, Die Kinopatenttaxen.

Krummenacher A., Das Verhältnis der kantonalen Steuerhoheit zur HGF in der Rekurspraxis der Bundesbehörden, Diss. Bern 1946, S. 72, Besteuerung von Kino und Theater.

²⁾ Die wichtigste Ersatzabgabe ist der Militärdienstpflicht-Ersatz. Vgl. auch Marti S. 234.

³⁾ „Vorzugslasten sind Abgaben, die als Beiträge an die Kosten im öffentlichen Interesse betriebener Einrichtungen des Gemeinwesens (vor allem öffentl. Anstalten) denjenigen Personen und Personengruppen auferlegt werden, denen aus solchen Einrichtungen wirtschaftliche Sondervorteile erwachsen, so daß ein gewisser Ausgleich in Form eines besonderen Kostenbeitrages als gerecht-

tung. Die einzige Vorzugslast bildete die Schweizer Filmwochenschau-Abonentgebühr zur Zeit ihres Obligatoriums. Seit der Aufhebung des Vorführungszwanges für die Schweizer Filmwochenschau am 23. Okt. 1945⁴⁾ besteht für das Filmgewerbe keine Vorzugslast mehr.

Bei unserer Aufgabenstellung genügt somit eine Betrachtung der Gebühren und Steuern.

Die *Gebühr* ist eine öffentlich-rechtliche Abgabe des Einzelnen als Entgelt für eine ihm persönlich zukommende, bestimmte Leistung der öffentlichen Gewalt⁵⁾. Aus dem Entgeltcharakter ergibt sich, daß zwischen der Gebühr und der staatlichen Leistung eine Verhältnismäßigkeit bestehen muß (Äquivalenzprinzip!).

Es wird nicht immer leicht sein, den Wert einer Leistung in einer zahlenmäßigen Preisangabe zu fassen. Man denke beispielsweise an die Gebühr für die Erteilung einer Polizeierlaubnis oder für einen Registereintrag. Der konkrete Wert einer solchen Eintragung oder einer solchen Bewilligung ist kaum festzustellen. Es wäre dies nur im Privatverkehr möglich, wo Leistung und Angebot die Preise bestimmen⁶⁾.

Zur Berechnung der Gebühren haben sich zwei (sich im Ergebnis häufig widersprechende) Theorien herausgebildet: die Interessen- (oder Vorteils-)theorie und die Kostentheorie. Der erstgenannten Theorie gemäß bemißt sich die Gebühr nach dem Vorteil, welche die staatliche Leistung dem Pflichtigen verschafft, d. h. nach dem Interesse, welches der Pflichtige an der staatlichen Leistung besitzt. Diesen Vorteil oder dieses Interesse in Zahlen zu fassen erscheint problematisch. Aus diesem Grunde ist die zweite, die sog. Kostentheorie, vorzuziehen. Hier bemißt sich die Gebühr nach den Kosten, die der Einzelne dem Staate durch Beanspruchung einer besonderen Leistung verursachte, wobei die Gesamtheit aller Gebühren die Kosten der betreffenden staatlichen Institution nicht übersteigen darf⁷⁾.

Im Gegensatz zur Gebühr, deren Voraussetzung eine bestimmte staatliche Leistung bildet, steht die *Steuer*. Diese „ist eine voraussetzungslos geschuldete Abgabe zur Deckung der staatlichen Finanzbedürfnisse“⁸⁾. Sie „ist eine Geldleistung, die der Staat oder ein durch ihn ermächtigtes öffentliches Gemeinwesen kraft seiner Gebietshoheit von den der letzteren unterworfenen wirtschaftlichen Individuen... erhebt“⁹⁾.

fertigt erscheint“. So BGE 74 I 224. Vgl. ferner BGE 70 I 126, 67 I 309, Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht Bd. I, S. 6, Keller S. 20.

⁴⁾ Vgl. AS 61 903.

⁵⁾ Vgl. Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht I, S. 5, Fleiner, Institutionen S. 425, Diggelmann S. 37, Keller S. 19, Krummenacher S. 3, BGE 46 I 414, 63 I 152.

⁶⁾ Vgl. Burekhardt, Kommentar S. 252.

⁷⁾ Vgl. dazu Krummenacher S. 21.

⁸⁾ Vgl. BGE 49 I 354.

⁹⁾ Vgl. Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht I, S.1; vgl. ferner Otto Mayer,

Faktisch beschränkt jede öffentliche Abgabe die HGF¹⁰). Es sind aber nur solche Abgaben aus Art. 31 BV anfechtbar, welche sich insbesondere an die Gewerbetreibenden richten¹¹). Öffentliche Abgaben, wie namentlich Einkommens- und Vermögenssteuern¹²), die ohne Rücksicht auf das vom Steuerpflichtigen betriebene Gewerbe erhoben werden, können niemals aus Art. 31 BV angefochten werden, mögen sie einen Gewerbebetrieb noch so sehr belasten oder sogar ganz verunmöglichen, indem sie seine Konkurrenzfähigkeit mit gleichartigen, niedriger besteuerten, außerkantonalen Gewerbebetrieben verhindern¹³).

Übersetzte Steuern verletzen unter Umständen die Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) und sind dann verfassungswidrig.

Aus Art. 31 BV sind einzig *Sonder(gewerbe)steuern* anfechtbar. Sondersteuern sind diejenigen Steuern, „die auf einzelne, bestimmte Gewerbe (Kinos, Wirtschaften, Marktverkauf, Viehhandel), bestimmte Betriebsarten (Wandergewerbe, Ausverkäufe) oder bestimmte Betriebsformen (Warenhäuser, Filialgeschäfte) gelegt“ sind¹⁴).

Die Zulässigkeit einer solchen Sonderbesteuerung einzelner Gewerbe ergibt sich aus verschiedenen Gründen. So erfolgt sie schon aus dem Wortlaut des Art. 31 Abs. 2 BV, denn die Zulässigkeit allgemeiner Steuern hätte keinen besonderen Vorbehalt gebraucht. Sie ergibt sich ferner gemäß argumentum a contrario aus der ausdrücklichen Steuerbefreiung einzelner Gewerbe (Handelsreisende)¹⁵). Sind aber gemäß BV Art. 31 Abs. 2 Sondersteuern, die nur den Handels- und Gewerbetreibenden bestimmter Gewerbe auferlegt werden, zulässig, so muß es prinzipiell den Kantonen freigestellt sein, welche Gewerbe sie zur Deckung ihres Finanzbedürfnisses besonders belasten wollen¹⁶). Diese Sondersteuern dürfen jedoch (wiederum gemäß BV Art. 31 Abs. 2), soweit die BV nichts anderes vorsieht, den Grundsatz

Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 378, Keller S. 20, Krummenacher S. 1, Diggelmann S. 16.

¹⁰) Vgl. Marti S. 234, Burckhardt, Kommentar S. 246.

¹¹) Vgl. analog das Gewerbepolizeirecht.

¹²) Dies gilt nach der Praxis (vgl. BGE 50 I 192) aber auch für sog. allgemeine Gewerbesteuern, d. h. für Steuern, denen sämtliche Gewerbebetriebe unterworfen werden. Vgl. die Kritik hierzu bei Marti S. 240, Burckhardt, Kommentar S. 431 2 und 250 (bes. Anm. 1), Krummenacher S. 24 5.

¹³) Vgl. Burckhardt, Kommentar S. 247.

¹⁴) Vgl. Krummenacher S. 24.

¹⁵) Vgl. Blumenstein, Die Zulässigkeit der Gewerbebesteuerung gemäß Art. 31 lit. c BV, Vierteljahresschrift für schweiz. Abgaberecht, Bd. II, S. 15, Burckhardt, Kommentar S. 247, Marti S. 239, Keller S. 52, Krummenacher S. 25.

¹⁶) Allerdings errichtete die Praxis auch hier gewisse Schranken. So ist bei der Ermächtigung zur Ausübung des Ärzteberufes nur eine Gebühr möglich. Die Begründung liegt darin, daß die Ausübung des Arztberufes im allgemeinen Interesse liegt, und daher überhaupt kein Grund besteht, die Ärzte besonders zu belasten (BGE 51 I 14).

der HGF nicht beeinträchtigen. Darin liegt ein Widerspruch, „denn die besondere fiskalische Belastung der Gewerbe verstößt in allen Fällen gegen den Grundsatz der HGF“¹⁷⁾. Sind doch offensichtlich Gewerbe, welche mit einer Sondersteuer belegt sind, im Konkurrenzkampf gegenüber allen Gewerben, welche keine derartige Belastung erdulden müssen, benachteiligt. Häufig wird versucht, diese Sonderbesteuerung einzelner Gewerbe mit polizeilichen Gründen zu rechtfertigen; denn einzig polizeiliche Maßnahmen sind mit der HGF vereinbar. Eine Sonderbesteuerung einzelner Gewerbe kann aber niemals der Durchsetzung polizeilicher Zwecke dienen, denn sie belastet den Einzelnen unabhängig davon, ob er sein Gewerbe polizeirechtmäßig ausübt oder nicht. Die Polizei darf aber definitionsgemäß¹⁸⁾ die freie Gewerbeausübung nur soweit beschränken, als dies der Schutz der öffentlichen Ordnung unbedingt erfordert. Die fiskalische Belastung eines Gewerbes bekämpft nun nicht dessen schädliche Auswirkungen, sondern das Gewerbe an und für sich. Erscheint aber ein Gewerbe an und für sich polizeiwidrig, so ist dessen Ausübung gänzlich zu verbieten und nicht lediglich zu erschweren. Die Besteuerung zu Polizeizwecken ist nicht nur ein untaugliches, sondern ein diesem Zwecke direkt widersprechendes Mittel. Ist es doch augenscheinlich, daß ein Gewerbe in polizeilicher Hinsicht nicht gefördert werden kann, indem man die Gewerbetreibenden durch eine besondere fiskalische Belastung zwingt, sich die erforderliche Rendite durch eine skrupellosere Gewerbeausübung zu sichern. Es geht keineswegs an, gewerbe-„polizeiliche“ Einschränkungen in die unkontrollierbare Form der Steuern zu kleiden, was sowieso nur dann geschieht, wenn sich direkte gewerbepolizeiliche Maßnahmen nicht rechtfertigen¹⁹⁾.

Neben diesen pseudo-polizeilichen Gründen werden für die Auswahl einzelner Gewerbe zur Sonderbesteuerung auch wirtschaftspolitische Gesichtspunkte ausschlaggebend sein. Die Sonderbesteuerung wird häufig einer kantonalen Wirtschaftspolitik dienen²⁰⁾. Beschränkungen der freien Gewerbeausübung aus wirtschaftspolitischen Gründen widersprechen aber (wie wiederholt dargelegt wurde²¹⁾) dem Grundsatz der HGF.

Die Praxis hat dennoch solche Sonderbesteuerungen aus pseudopolizeilichen und wirtschaftspolitischen Gründen sanktioniert. Aus dem Vorbehalt zu Gunsten der HGF errichtete sie für die Sonderbesteuerung einzelner Gewerbe nur zwei Schranken:

¹⁷⁾ Vgl. Marti S 239.

¹⁸⁾ Vgl. oben S. 80 ff.

¹⁹⁾ Vgl. Burckhardt, Kommentar S. 246, Krummenacher S. 35/6, Marti S. 241: „Die besondere Belastung einzelner Gewerbe läßt sich polizeilich überhaupt nicht rechtfertigen, weil polizeiliche Zwecke immer nur mit polizeilichen Mitteln erreicht werden sollen“.

²⁰⁾ Vgl. dazu die Beispiele bei Marti S. 241/2.

²¹⁾ Vgl. oben S. 11 ff.

a) Die Besteuerung darf nicht wirtschaftliche Vorteile einzelner Unternehmen im freien wirtschaftlichen Wettbewerb zu Gunsten der Konkurrenten ausgleichen (Grundsatz der Gleichstellung der Gewerbetreibenden unter sich)²²⁾.

b) Die Steuern dürfen nicht prohibitiv wirken²³⁾.

Im folgenden wird nun zu prüfen sein, inwiefern die fiskalische Belastung des Filmgewerbes diesen Grundsätzen gerecht wird.

2. Die fiskalische Belastung des Filmgewerbes im allgemeinen

Die fiskalische Belastung des Filmgewerbes gliedert sich in öffentliche Abgaben, die dem Bunde zukommen und in solche, die die Kantone und Gemeinden erheben.

Das Filmfiskalrecht des Bundes umfaßt: die Einfuhrzölle, die Kontingentierungsgebühren und die Bewilligungsgebühren zur Filmeinfuhr.

Einfuhrzölle für Filme zu erheben ist der Bund durch die Zollartikel (BV Art. 28 und 29) ermächtigt. Die Zollartikel als *lex specialis* zu den Wirtschaftsartikeln bilden eine verfassungsmäßige Ausnahme von der HGF. Die Zulässigkeit der Erhebung von Einfuhrzöllen für Filme steht deshalb außer Zweifel.

Die Zulässigkeit der Gebühren für Einfuhrbewilligung und Filmkontingentierung hängt — sofern es sich hierbei um echte Gebühren handelt²⁴⁾ — einzig von der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen selber ab. Inwieweit sich aber die Filmkontingentierung (und die Bewilligungspflicht für die Filmeinfuhr) mit der HGF vereinbaren lassen, bildet Gegenstand einer eigenen Untersuchung²⁵⁾.

Im Gegensatz zur bundesrechtlichen Fiskalbelastung des Filmgewerbes, welche nur die Einfuhr des Filmes umfaßt, steht die kantonale (resp. Gemeinde-) Belastung, welche sich auf das Lichtspieltheatergewerbe beschränkt. Bei der Belastung des Lichtspielgewerbes sind zur Hauptsache zwei Abgaben zu unterscheiden: die Billettsteuer und die Kinopatenttaxen. Billettsteuer²⁶⁾ und Kinopatenttaxe unterscheiden sich durch das Steuersubjekt und -objekt. Während bei der Billettsteuer das Steuersubjekt der

²²⁾ Vgl. BGE 61 I 321. So wurden wiederholt Sonderbesteuerungen von Warenhäusern unzulässig erklärt. Vgl. ferner BGE 45 I 347. Marti S. 248; Diggelmann S. 66.

²³⁾ Vgl. Burekhardt, Kommentar S. 247; Marti S. 245ff.

²⁴⁾ D. h. dieselben reinen Entgeltcharakter für die Verwaltungstätigkeit (z. B. Kontroll- und Registergebühr) besitzen.

²⁵⁾ Vgl. unten S. 150ff.

²⁶⁾ Bei den Billettsteuern unterscheidet man: Karten- und Pauschalsteuern. Hierbei sind die Pauschalsteuern sozusagen bedeutungslos. Sie dienen meist nur dazu, auch kleinste Anlässe ohne fixen Eintritt (Sammelbüchse, Konsumationsaufschlag) steuerrechtlich zu erfassen. Vgl. Diggelmann S. 28.

Besucher einer billettsteuerpflichtigen Veranstaltung (in concreto des Kinos) bildet, ist bei der Sondergewerbsteuer der Unternehmer selber (in concreto der Kinobesitzer) Steuersubjekt. Steuerobjekt der Sondergewerbsteuer ist der Betrieb des besteuerten Gewerbes, Steuerobjekt der Billettsteuer ist der Aufwand²⁷⁾ des Publikums für den Besuch der billettsteuerpflichtigen Veranstaltung²⁸⁾. Aus der Verschiedenheit des Steuersubjekts und -objekts ergibt sich eine verschiedene rechtliche Qualifikation der beiden Steuern.

Die *Billettsteuer* bezweckt wie jegliche Steuer die Deckung des staatlichen Finanzbedürfnisses. Sie geht dabei von sozialen Überlegungen aus: derjenige, welcher sich eine besondere Unterhaltung leisten kann, soll im Maße der Kostspieligkeit dieser Unterhaltung zu einem Beitrag an das staatliche Finanzbedürfnis herangezogen werden. Es ist dies dieselbe Überlegung, wie sie den übrigen Aufwandsteuern, wie Luxussteuern, Biersteuern (in gewissem Umfang auch der Automobilsteuer) etc. zu Grunde liegt.

Folgende für das Kinogewerbe bedeutungsvolle Forderungen lassen sich für die Veranlagung der Billettsteuer ableiten:

a) Aus Gründen der Rechtsgleichheit (BV Art. 4) darf es keine Rolle spielen, ob der Einzelne seine Unterhaltung in belehrenden Vorträgen, in Kunstausstellungen, in Konzerten, in Theaterstücken, Opern, Operetten oder in Filmvorführungen sucht und findet²⁹⁾.

Die Billettsteuer darf nicht einem einzelnen Unterhaltungsgewerbe, z. B. dem Kinogewerbe, gesondert auferlegt werden³⁰⁾. Das Bger leitet diese Forderung nicht nur aus BV Art. 4, sondern auch aus Art. 31, aus der Gleichstellung der Gewerbebesitzer unter sich ab³¹⁾.

²⁷⁾ Weshalb die Billettsteuer zu den sog. Aufwandsteuern zu zählen ist. Vgl. Diggelmann S. 23 ff.

²⁸⁾ Vgl. Diggelmann S. 39.

²⁹⁾ Alte Bezeichnungen, wie Vergnügungs- und Lustbarkeitssteuern, werden dem Charakter der Billettsteuer nicht gerecht. Sie haben ihren Ursprung in der unzutreffenden Auffassung einer gewissen Prohibitivfunktion der Billettsteuer, d. h., daß diese auch einer Verbreitung der „Vergnügungsindustrie“ entgegenwirken solle. Treffend hat gegen diese Auffassung der zch. Regierungsrat in seiner Weisung vom 29. Okt. 1931 zu einem Gesetzesentwurf über die Erhebung einer Billettsteuer (A. 1931, S. 949 ff.) Stellung genommen, indem er ausführt: „Der Zweck der Beschaffung vermehrter finanzieller Mittel steht in unlöslichem Widerspruch mit dem Bestreben, durch die Besteuerung die steuerpflichtigen Vorgänge einzuschränken“.

³⁰⁾ Vgl. BGE 43 I 251.

³¹⁾ Vgl. BGE 43 I 251, BGE v. 24. Mai 1918 (St. Gallen c. Kinematographenunternehmen „Lichtbühne“ (nicht veröffentl.) zit. bei Diggelmann S. 70. Die Kritik Diggelmanns an diesen Entscheiden geht m. E. fehl. (Vgl. Diggelmann S. 66/7 und dagegen Krummenacher S. 76.) Denn bei dem aus Art. 31 BV abgeleiteten Prinzip der Gleichstellung der Gewerbebesitzer kann ausschlaggebendes Kriterium für den Begriff des „gleichartigen Gewerbes“ nur der Umstand

b) Aus Art. 31 BV leitet sich ferner die Forderung ab, daß die Billettsteuer nicht prohibitiv wirken darf³²). (Diese Forderung widerspricht der häufig vertretenen Auffassung, daß die Billettsteuer auch eine gewisse Prohibitivfunktion zu erfüllen hat³³). Prohibitive Billettsteuern finden sich heute in keinem Kanton. Die Billettsteuer beträgt in den meisten Kantonen zehn Prozent vom Eintrittspreis, was im Hinblick auf die bedeutend höheren Steuern der Nachbarländer als bescheiden bezeichnet werden darf³⁴).

c) Aus Art. 31 BV folgt ferner, daß die Billettsteuer für alle gleichartigen Gewerbebetriebe (wobei gleichartig extensiv auszulegen ist) gleich angesetzt werden muß. Insbesondere dürfen nicht kantonsansässige Veranstalter besser gestellt werden als die übrigen³⁵). Ferner dürfen Kinos nicht mit einer höheren Billettsteuer belastet sein als die übrigen eintrittspflichtigen Veranstaltungen, wie Theater, Variétés, Konzerte, Ausstellungen, Vorträge etc.

Die Billettsteuer stellt somit gar keine spezifisch das Filmgewerbe belastende öffentliche Abgabe dar und hat auch nicht die billettsteuerpflichtige Veranstaltung, sondern den Besuch dieser Veranstaltung als Objekt³⁶). Die Billettsteuer bildet somit keine Sonderbelastung des Filmgewerbes. Es ist deshalb hier auf sie nicht näher einzutreten³⁷).

Eine Sonderbelastung des Kinogewerbes bildet hingegen die Kinopatenttaxe.

3. Der Charakter der Kinopatenttaxe

In der Praxis bringt die Unterscheidung von Steuer und Gebühr etwelche Schwierigkeiten, denn häufig verbirgt sich hinter dem Namen einer Gebühr

bilden, ob das andere Gewerbe fähig ist, eine ernste Konkurrenz zu bilden. Würde man Diggelmanns Forderung (S. 66) nach einer restriktiven Interpretation des Begriffes „Gewerbegenossen“ folgen, so könnte der Grundsatz der freien Konkurrenz weitestgehend aufgehoben werden. Es wäre dann z. B. möglich, Warenhäuser im Gegensatz zum mittelständischen Detailhandel mit einer Sondersteuer zu belegen. Das Bger hat aber hier zu Recht eine restriktive Interpretation immer abgelehnt.

³²) Vgl. unten S. 127 ff.

³³) Vgl. Anm. 29.

³⁴) Ausdrücklich sehen folgende Kantone eine Billettsteuer von 10% vor: Aargau (§ 3), Baselstadt (§ 3), Solothurn (§ 4), St. Gallen (Art. 6), Thurgau (§ 4), Zürich (§ 4). Die übrigen Kantone kennen verschiedene, meist unbedeutende Abweichungen. Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Diggelmann S. 156 ff.

³⁵) Dies würde BV Art. 4 und Art. 60 widersprechen.

³⁶) Somit wird der Unternehmer nur indirekt durch die Billettsteuer betroffen, sofern der Besuch der Veranstaltung durch diese beeinflusst wird. Die stetig ansteigende Kurve der Billettsteuerabgaben der einzelnen Unternehmen hat aber nachdrücklich bewiesen, daß dies nicht der Fall ist.

³⁷) Vgl. im übrigen für die Billettsteuer (Geschichte, Begriff und Umfang) W. Diggelmann, Die Billettsteuer in der Schweiz, Diss. Zch. 1944.

eine Steuer³⁸⁾. Das beste Beispiel liefern hierfür die sog. „Kinogebühren“ (oder „Kinopatentgebühren“), die trotz ihrer Bezeichnung regelmäßig gar keine Gebühren sind.

Das Kennzeichen einer Gebühr ist ihr Entgeltcharakter für eine bestimmte staatliche Leistung. Wird die Gebühr im Verhältnis zu dieser Leistung sichtlich zu hoch angesetzt, so wandelt sie sich zur Steuer.

Bei der üblichen Belastung der Kinos mit „Gebühren“ fehlt der Entgeltcharakter durchwegs. Zwar soll die Kinogebühr ein spezielles Entgelt für die verordnungsgemäße Beaufsichtigung der Kinos darstellen, doch müßte sie sich dann von Fall zu Fall nach der effektiven Beanspruchung der Kontrollorgane berechnen und nicht, wie dies demgegenüber der Fall ist, nach Umfang und Einnahmen der einzelnen Unternehmen³⁹⁾. Häufig ist in einer öffentlichen Abgabe sowohl eine Gebühr als auch eine Steuer eingeschlossen. Es ist dies in der Regel bei der Hausierpatenttaxe der Fall und entsprechend auch bei der Kinopatenttaxe, die unrichtigerweise⁴⁰⁾ vielfach auf der Hausiergesetzgebung beruht. Eine derartige Verschmelzung von Gebühr und Steuer⁴¹⁾ wird *Gemengsteuer* bezeichnet⁴²⁾. Es handelt sich also bei der Kinopatenttaxe um eine Gemengsteuer; ihre häufige Klassifizierung als Gebühr ist falsch. (Empfehlenswert ist dagegen die neutrale Bezeichnung Kinopatenttaxe, denn unter Taxe kann jede öffentliche Abgabe (Steuer, Gebühr etc.) verstanden werden.) Die eigentliche Gebühr bildet dabei meist nur einen geringen Bruchteil der gesamten Kinopatenttaxe, ihre Höhe wird bestimmt durch die Kosten der staatlichen Kontroll-

³⁸⁾ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 252: „Damit aber nicht unter dem Namen von Gebühren unzulässige Steuern eingeführt werden, muß nicht der Name, sondern die Sache darüber entscheiden, was eine Gebühr und was eine Steuer ist“.

³⁹⁾ Das Bger führt in BGE 49 I 496 aus, die Handhabung der Sitten- (und Feuer-)Polizei gehöre freilich im allgemeinen zu den die gesamte Bevölkerung berührenden Aufgaben, deren Kosten aus den Einkünften des Gemeinwesens schlechthin, insbesondere aus den allg. Steuern zu bestreiten seien. Dies schließe indessen das Recht des Gemeinwesens nicht aus, von Personen, die seine polizeiliche Tätigkeit in außergewöhnlicher Weise viel intensiver als das Staatsvolk im allg. in Anspruch nehmen, für solche speziellen Funktionen — wie hier die verordnungsgemäße Beaufsichtigung des Betriebs des Kinematographen — einen speziellen Entgelt in der Form einer Gebühr zu verlangen. Es setzt dies aber voraus, daß die Gebühr der individuellen Beanspruchung der Kontrolltätigkeit angepaßt ist, andernfalls handelt es sich eben um Steuern.

⁴⁰⁾ Vgl. oben S. 83 ff., unten S. 123 ff.

⁴¹⁾ Anstelle der Gebühr kann auch eine andere öffentliche Abgabe mit einer Steuer zu einer Gemengsteuer verschmolzen werden. Doch ist dies selten der Fall.

⁴²⁾ Die Gemengsteuer wird auch zugemischte Steuer genannt. Vgl. Blumenstein, Steuerrecht I S. 7, Diggelmann S. 38.

tätigkeit im Kinogewerbe und die Zahl der gebührenpflichtigen Kinounternehmen. Die Höhe der Kinopatenttaxen differiert von Kanton zu Kanton und ist meist auch innerhalb eines Kantons nach der Größe des Kinounternehmens und nach der Anzahl der wöchentlichen Filmvorführungen abgestuft. Es besteht so in den meisten Kantonen ein Minimal- und Maximalansatz. Die jährlichen Kinopatenttaxen betragen beispielsweise in Zürich Fr. 600.— bis Fr. 3600.—, in Bern Fr. 50.— bis Fr. 2000.— und in Luzern Fr. 100.— bis Fr. 2000.—⁴³⁾. Es ist offensichtlich, daß derartig hohe Taxen nicht mehr lediglich ein Entgelt für die staatliche Kontrolle des Kinogewerbes bilden.

Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Gebühr und Steuer für die Praxis dadurch, daß eine Gebühr nicht verfassungswidrig sein kann, d. h. nicht dem Grundsatz der HGF unterliegen muß. Wenn das Bger somit die Kino-„Gebühren“ wiederholt auf ihre Zulässigkeit im Rahmen der HGF überprüfte, so betrachtete es diese, trotz der unrichtigen Terminologie der einzelnen Erlasse, als eigentliche Sondersteuer. Denn die Kinogebühren im engeren Sinne könnten die HGF nicht verletzen. Sie besitzen reinen Entgeltcharakter für die staatlichen Leistungen, welche wie alle anderen privaten Leistungen (wie Filmlieferungen etc.) im Budget der Unternehmen einkalkuliert sein müssen.

Für den Gebührencharakter ist es rechtlich irrelevant, ob die staatliche Leistung freiwillig beansprucht wird oder nicht⁴⁴⁾. Nachdem die Kontrolle im Interesse der öffentlichen Ordnung und nicht in demjenigen des Lichtspieltheaterbesitzers vorzunehmen ist, muß sie von Amtes wegen erfolgen. Da die Gebühr Entgelt für die staatliche Filmkontrolle ist, die vorausgegangene polizeiliche Kontrolle⁴⁵⁾ des Filmes aber notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit der öffentlichen Vorführung, so kann der Staat die Eintreibung der Gebühr nicht nur, wie die übrigen öffentlich-rechtlichen Ansprüche auf Geldzahlung im Betreibungsweg geltend machen, sondern außerdem den Betrieb bis zur geleisteten Zahlung schließen⁴⁶⁾.

Die Verpflichtung zur Entrichtung der Kinopatenttaxe muß, auch soweit es sich nur um eine Gebühr handelt, formell in einem Rechtssatz

⁴³⁾ Die Ansätze der übrigen Kantone halten sich zum größten Teil im selben oder ähnlichen Rahmen. Im Kanton Waadt beträgt die Patenttaxe Fr. 50.— bis Fr. 5000.—, wozu noch eine Gemeindetaxe in gleicher Höhe kommen kann, so daß sich die Kinopatenttaxe dort theoretisch auf Fr. 10000.— pro Jahr belaufen kann. Diggelmann (S. 42) und Krummenacher (S. 23) zeigen an diesem Beispiel des Kantons Waadt, daß es sich bei der Kinopatenttaxe nicht um eine Gebühr handelt.

⁴⁴⁾ Vgl. BGE 49 I 496: ... wobei es für den Gebührencharakter der Auflage auch nicht verschlage, daß die Leistung, deren Entgelt die Abgabe bilde, nicht vom Pflichtigen nachgesucht sei, sondern ihm vom Staate aufgezwungen werde.

⁴⁵⁾ Sofern die Vorzensur vorgeschrieben ist.

⁴⁶⁾ Vgl. BGE 49 I 496.

vorgesehen sein, denn nur für eine fakultative Leistung des Staates darf die gesetzliche Grundlage fehlen⁴⁷⁾.

Die Gebühr kann ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Gewerbetreibenden überall dort erhoben werden, wo staatliche Leistungen in Anspruch genommen werden, d. h. in unserem Falle am Orte der Filmvorführungen. Während nun aber von außerhalb des Kantons wohnenden Personen höhere Gebühren verlangt werden können als von Kantonsansässigen⁴⁸⁾, dürfen die Steuern (und zwar auch besondere Gewerbesteuern) für Einwohner anderer Kantone nicht höher sein als für Einheimische. Daraus folgt, daß die Kinotaxe, da diese ja eine Gemengsteuer darstellt, im Steuerbetrag für Einheimische und Kantonsfremde nur gleich hoch sein darf, wogegen die in der Taxe liegende Gebühr für Auswärtige höher angesetzt werden kann⁴⁹⁾.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Die Kinopatenttaxe stellt zur Hauptsache eine Sonderbesteuerung des Kinogewerbes dar. Nur zum kleinsten Teil bildet sie ein Entgelt für eine konkrete Einzeltätigkeit der Film-polizei. „Sie steht mit dem Patentrecht nur insofern in Zusammenhang, als dessen Einführung den Anlaß zur Sonderbesteuerung gegeben hat und als die Erhebung mit der Erteilung des Patentes äußerlich verknüpft wurde“⁵⁰⁾.

4. Die Berechtigung der Kinopatenttaxe

Soweit es sich bei der Kinopatenttaxe um eine Gebühr handelt, ist der Staat zweifellos berechtigt, sie zu erheben. Es kann ihm schließlich so wenig wie einem Privaten zugemutet werden, irgend jemandem eine besondere Leistung ohne entsprechendes Entgelt zukommen zu lassen. Dabei ist es ohne Bedeutung, daß diese Leistung dem Gebührenpflichtigen aufgezwungen wurde, sofern sie im öffentlichen Interesse gesetzlich vorgeschrieben ist.

Bei der Kinopatenttaxe überwiegt aber die Steuerquote die Gebühr bei weitem. Es stellt sich somit die Frage nach der Berechtigung dieser Sonderbesteuerung der Kinounternehmen.

Die herrschende Lehre bejaht trotz des widerspruchsvollen Verfassungstextes⁵¹⁾ die Zulässigkeit der Sonderbesteuerung einzelner Gewerbe unter dem Vorbehalt, daß die Besteuerung nicht prohibitiv wirken und nicht die Rechtsgleichheit im einzelnen Gewerbe verletzen dürfe. Somit wäre grundsätzlich, bei Innehaltung der beiden obgenannten Vorbehalte⁵²⁾,

⁴⁷⁾ Vgl. Bueckhardt, Kommentar S. 252.

⁴⁸⁾ Vgl. BGE 66 I 1.

⁴⁹⁾ Vgl. BGE 32 I 636, 36 I 670, 64 I 383, ferner BV Art. 46 Abs. 2.

⁵⁰⁾ Vgl. BGE 48 I 269. (Der Entscheid betrifft zwar das Viehhandelspatent, doch besitzt der zitierte Satz für die Kinopatenttaxe volle Geltung.)

⁵¹⁾ Vgl. Marti S. 239.

⁵²⁾ Wobei noch zu prüfen sein wird, ob die Kinopatenttaxe diesen beiden Vorbehalten gerecht wird.

die Sonderbesteuerung des Kinogewerbes zulässig. Die Erhebung einer Sondersteuer muß sich aber auch sachlich rechtfertigen. Die Auswahl eines Gewerbes zur Sonderbesteuerung muß durch sachliche Gründe motiviert sein. Es sind vor allem zwei Motive, mit denen die Erhebung einer Sondersteuer immer wieder zu begründen versucht wird:

a) Soll eine zu starke Vermehrung gewisser Gewerbe, die den zuständigen Behörden unerwünscht erscheint, verhindert werden.

b) Soll die reguläre Gewerbeausübung vor bestimmten Sonderformen (wie Ausverkäufe, Wandergewerbe) geschützt und gleichzeitig diese Abarten steuerlich besser erfaßt werden.

ad a) Aus Gründen des „allgemeinen Volkswohls“ wurde immer wieder versucht, einer Ausbreitung des Kinogewerbes entgegenzutreten. Wie folgende Beispiele zeigen, hat jedoch das Bger in konstanter Praxis gegen derartige Versuche Stellung genommen. So bezeichnete das Bger als verfassungswidrig:

Ein allgemeines Betriebsverbot für Kinounternehmen, das lediglich mit der durch den Krieg herbeigeführten schlechten wirtschaftlichen Lage und der daraus für die Behörden sich ergebenden Verpflichtung, die Bevölkerung vor überflüssigen Ausgaben zu bewahren, begründet wurde⁵³);

eine Einschränkung der Filmvorführungen, um das Publikum vor unnötigen Ausgaben zu schützen⁵⁴);

eine Verfügung, wonach die Eröffnung eines Lichtspieltheaters wegen mangelnden Bedürfnisses nicht zugelassen wird⁵⁵);

eine Beschränkung der Zahl der Kinounternehmen, wie auch andere Verfügungen über die Gewerbeausübung, die lediglich erlassen wurden, um die durch die Kinos geförderte Gelegenheit zu Luxus und Vergnügungen einzudämmen⁵⁶);

die Verweigerung einer Gewerbebewilligung, weil angesichts der Wirtschaftsnot kein Bedürfnis für derartige Unterhaltungen besteht⁵⁷).

Was durch direkte Maßnahmen zu erreichen hier, dank der Wachsamkeit des Bger's, nicht möglich war, soll durch die Sonderbesteuerung der Kinos bewirkt werden: die Sonderbesteuerung soll hier eine Prohibitivfunktion erfüllen. Zwar dürfen Sondersteuern nicht direkt prohibitiv wirken, sonst wären sie auch nach geltender Lehre und Praxis mit der HGF unvereinbar. Demgegenüber sollen sie eine sogenannte „mäßige“ Prohibitivfunktion ausüben, d. h. einer allzu starken Verbreitung von Kinounternehmen entgegenwirken. Dabei wird versucht, diese Prohibitivfunktion der Gewerbesteuern auf Überlegungen polizeilicher Natur zu stützen, indem behauptet wird, eine allzu starke Vermehrung der Kinos gefährde oder störe

⁵³) Vgl. BGE 40 I 479.

⁵⁴) Vgl. BGE 41 I 40.

⁵⁵) Vgl. BGE 47 I 34.

⁵⁶) Vgl. BGE 49 I 87.

⁵⁷) Vgl. BGE 59 I 106.

die öffentliche Ordnung⁵⁸⁾. Die These von der Prohibitivfunktion einer Steuer formt aber schon an und für sich eine *contradictio in adjecto*, denn die Funktion einer Steuer ist die Deckung des staatlichen Finanzbedürfnisses. Diese Funktion zu erfüllen wird aber durch Annahme einer gleichzeitigen Prohibitivfunktion der Steuer, d. h. durch Unterdrückung des zu besteuernenden Gewerbes, verunmöglicht⁵⁹⁾.

Eine Steuer ist aber außerdem schon ihrer Natur nach ein zur Erfüllung polizeilicher Zwecke absolut untaugliches Mittel. Die Steuer ist einzig eine der staatlichen Finanzquellen, die lediglich nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen (direkte Steuern⁶⁰⁾) oder nach einem Vorgang rechtlicher oder tatsächlicher Natur (indirekte Steuer⁶¹⁾) festgesetzt wird⁶²⁾. Eine Steuer mit Bußencharakter, die nur bei polizeiwidriger Gewerbeausübung erhoben wird, ist undenkbar, denn eine derartige Abgabe wäre sinngemäß keine Steuer mehr, sondern eine Buße.

Nimmt man demgegenüber an, daß die öffentliche Ordnung durch eine zu starke Vermehrung des besteuerten Gewerbes gestört wird, die Steuer also dieser Vermehrung entgegenzuwirken hat⁶³⁾, um dergestalt der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu dienen, so verletzt sie dennoch einen Hauptgrundsatz des Polizeirechts: die Forderung der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs. Denn durch die Kinopattenttaxe werden sämtliche Unternehmen erfaßt ohne Rücksicht auf den polizeilichen Zweck, d. h. sie belastet die früheren Unternehmen gerade so stark wie die Neugründungen. Somit wird aber auch die Sonderbesteuerung niemanden von der Neueröffnung eines Kinos abhalten, denn naturgemäß wird ein neues Kino mit den moderneren Einrichtungen in der Konkurrenz mit den früheren Unternehmen bevorzugt sein.

Die Sonderbesteuerung der Kinos besitzt also keinerlei polizeiliche Funktion.

ad b). Zum großen Teil beruht die steuerrechtliche Belastung des Kinogewerbes noch auf der Hausiergesetzgebung, d. h. es werden für jene die gleichen Gründe beansprucht, welche es rechtfertigen, den Hausierhandel einer besonderen Patenttaxe (Gemengsteuer) zu unterwerfen. In Wirklichkeit bestehen aber diese Gründe für das Kinogewerbe in keiner Hinsicht.

⁵⁸⁾ Es ist dies wohl u. a. auch die Auffassung Kellers (S. 94), wenn er ausführt: „Sicher ist das eine, daß die Kinobetriebe für das Volkswohl eine große Gefahr in sich bergen und daß besondere polizeiliche Maßnahmen, selbst in Form fiskalischer Belastungen, sich vor Art. 31 rechtfertigen lassen“.

⁵⁹⁾ Vgl. dazu analog die Negierung des Prohibitivcharakters der Billettsteuer, oben S. 117.

⁶⁰⁾ Beispielsweise: Einkommen-Vermögenssteuer, Kinopattenttaxe.

⁶¹⁾ Z. B.: Aufwandsteuern, Umsatzsteuern etc.

⁶²⁾ Vgl. Blumenstein, Steuerrecht I, S. 207 ff., Diggelmann S. 16 ff., Fleiner, Institutionen S. 423.

⁶³⁾ Dies widerspricht aber, wie oben gezeigt, dem Charakter der Steuer.

Die Patenttaxe im Hausierhandel dient in erster Linie zur Sicherung der sonst schwer erfaßbaren Steuer. Das seßhafte Kinounternehmen kann aber am Geschäftssitz ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Eigentümers besteuert werden.

Daneben bedeutet die Hausierpatenttaxe aber auch einen gewissen Schutz des seßhaften Handels und Gewerbes, da die Hausierer sowieso das Privileg besitzen, aus der mildtätigen Gesinnung des Publikums besonderen Profit zu ziehen und somit eine illoyale Konkurrenz der anderen Unternehmen zu bilden. Der mit der Patenttaxe verbundene Patentzwang sichert außerdem eine persönliche Kontrolle, die dazu dient, den mit dem Hausierhandel verbundenen Gefahren, wie insbesondere die Übervorteilung des Publikums (aber auch Diebstahlsgefahr etc.) vorzubeugen. Diese Gefahren existieren beim seßhaften Kinogewerbe offensichtlich nicht, weshalb die fiskalische Belastung des Kinogewerbes auf Grund der Hausiergesetzgebung anfechtbar ist⁶⁴). Dies um so mehr, als nach der Praxis der Begriff des Hausierens eher restriktiv ausgelegt wird. So macht der Mangel an einer festen Geschäftsniederlassung einen Gewerbetreibenden noch nicht zum patentpflichtigen Hausierer. Vielmehr hängt der Hausierpatentzwang bei einem Gewerbetreibenden ohne Geschäftsniederlassung davon ab, ob er auf Grund vorheriger Bestellung seine Kunden aufsucht oder ohne solche dem Publikum nachgeht, um es zu unmittelbarer Annahme einer Ware oder Leistung gegen Entgelt zu bestimmen⁶⁵).

Dagegen kann die Kinopatenttaxe als Zwecksteuer aufgefaßt werden. (Sondersteuern sind in der Tat häufig Zwecksteuern⁶⁶.) Die Zwecksteuer dient der Finanzierung bestimmter öffentlicher Zwecke, d. h. bestimmter öffentlicher Institutionen⁶⁷). Im Gegensatz zur Gebühr wird die Zwecksteuer nicht jeweilen für eine konkrete Verwaltungsleistung gefordert, sondern sie wird ohne Rücksicht auf die individuelle Beanspruchung der staatlichen Leistung (nach allgemeinen Richtlinien) von einer ganzen Personenkategorie erhoben, welche die betreffende staatliche Institution im besonderen Maße beansprucht. Während die Gebühr somit ein Entgelt für eine exakt umschriebene staatliche Leistung darstellt⁶⁸), dient die

⁶⁴) So beruht beispielsweise die Kinopatenttaxe in Zürich auf § 13 lit. a des Gesetzes über das Markt- und Hausierwesen vom 17. Juni 1894, wobei einzig durch § 37 der VO über die Errichtung und den Betrieb von Kinematographentheatern und Filmverleihgeschäften vom 16. Okt. 1916 das Minimum für die Hausierpatentgebühr für Kinematographen von Fr. 1.— auf Fr. 50.— per Monat erhöht wurde. Diese Unterstellung der luxuriösen und durchwegs seßhaften Kinotheater Zürichs unter den Hausierverkehr bildet einen üblen Anachronismus.

⁶⁵) Vgl. BGE 52 I 293; 54 I 225; 55 I 74; 57 I 94; 57 I 107; 58 I 151; 64 I 383.

⁶⁶) Beispielsweise Wirtschaftssteuer etc.

⁶⁷) Vgl. Blumenstein, Steuerrecht I S. 7, Krummenacher S. 38.

⁶⁸) Vgl. etwa Zensur-, Register-, Schreibgebühr etc.

Zwecksteuer ganz allgemein der Finanzierung einer bestimmten staatlichen Institution. Die Gebühr ist somit — im Gegensatz zur Zwecksteuer — in ihrer Höhe durch die Kosten, welche dem Staate durch die erbrachte Leistung erwachsen, umschrieben.

Die Kinopattenttaxe wäre demgemäß, soweit sie ein Entgelt für eine bestimmte Einzeltätigkeit der Filmpolizei (Vorzensur eines Filmes, Registereintrag etc.) bildet, eine Gebühr, soweit sie aber darüber hinaus der Finanzierung der Filmpolizei im allgemeinen dient, eine Zwecksteuer. M. E. bildet aber weniger die intensive Beanspruchung der feuer- und sittenpolizeilichen Überwachung den wirklichen Grund der besonderen Belastung der Lichtspieltheater, sondern vielmehr der Umstand, daß das Kino häufig als Luxusangelegenheit angesehen wird und ferner, daß es moralisch lange nicht als eindeutig befunden worden war. Die Sonderbesteuerung des Kinogewerbes erklärt sich aus der Entwicklung des Kinos, sie rechtfertigt sich aber beim heutigen künstlerischen und informatorischen Wert des Films kaum. Sie hat zur Folge, daß kleine Unternehmen, um durchhalten zu können, sich häufig keine wertvollen, aber dementsprechend teure Filme leisten können, sondern gezwungen sind, zweifelhafte, aber billige Filme vorzuführen.

5. Die Kinopattenttaxe und der Grundsatz der Gleichstellung der Gewerbebegebenheiten unter sich

In seinem grundsätzlichen Entscheid i. S. Karg c. Kt. Luzern (BGE 43 I 251) verneinte das Bger die Zulässigkeit einer besonderen Billettsteuer für Kinos, weil diese in ihrer Einseitigkeit die Art. 4 und 31 BV verletze⁶⁹). Indem das Bger sich ausdrücklich auf den Art. 31 BV berief, stellte es das Kinogewerbe dem übrigen Unterhaltungsgewerbe gleich. Da Art. 31 BV die freie Konkurrenz garantiert, verlangt er die Gleichbehandlung von wirtschaftlichen Konkurrenten. Darunter fällt auch die Forderung, daß sich konkurrenzierende Wirtschaftssubjekte nicht einer unterschiedlichen fiskalischen Belastung unterliegen dürfen. Diese Forderung aus Art. 31 BV besteht aber selbstverständlich nur bei sich konkurrenzierenden, d. h. gleichartigen Gewerben. Bei verschiedenartigen Gewerben könnte eine Sonderbesteuerung des einen höchstens aus Art. 4 BV angefochten werden und dann auch nur, wenn die Sonderbesteuerung willkürlich festgesetzt wurde, d. h. jeder sachlichen Berechtigung entbehrt. Im übrigen ist eine Sonderbesteuerung eines Gewerbes mit Art. 4 BV vereinbar⁷⁰).

⁶⁹) Das Bger ließ damals die Frage offen, ob demgegenüber eine allgemeine Billettsteuer zulässig wäre; eine Frage, welche die Praxis heute eindeutig bejaht hat. (Das Bger spricht in seinem Entscheid zwar von „Stempelsteuer und Luxussteuer“, doch handelt es sich sachlich um eine Billettsteuer.)

⁷⁰) Vgl. Burekhardt, Kommentar S. 41.

Diggelmann (S. 66 ff.) kritisiert das bger Urteil mit der Begründung, daß das Erfordernis des „gleichen“ oder „gleichartigen“ Betriebes eng zu fassen sei. Deshalb sei im vorliegenden Falle das Verbot differenzierter Tarife einzig mit dem Prinzip der Rechtsgleichheit, das eine willkürlich ungleiche Behandlung der Besucher von Vergnügungsveranstaltungen nicht zuläßt, zu begründen, nicht aber mit Art. 31 BV, dem Prinzip der Gleichstellung der Gewerbege nossen unter sich. Zur Erhärtung seiner Ansicht führt Diggelmann die Tatsache an, daß die Kinos im Gegensatz zu dem übrigen Unterhaltungsgewerbe (Theater, Variété etc.) einer Sondersteuer (Kinopatenttaxe) unterliegen, was bei konsequenter Annahme der Gleichartigkeit dieser Betriebe unzulässig wäre.

Krummenacher (S. 76 ff.) meint demgegenüber, daß die Gleichartigkeit der verschiedenen Unterhaltungsgewerbe prinzipiell bestehe. Die Sonderbelastung der Kinos rechtfertige sich aber durch die „polizeiliche Funktion“ der Kinopatenttaxe: denn der Grundsatz der HGF und damit auch der der Gleichbehandlung der Gewerbege nossen dürfe aus polizeilichen Erwägungen heraus durchbrochen werden. Krummenacher weist dabei auf die Jugendschutzbestimmungen hin, die ebenfalls nur für Kinos Geltung haben.

Beide Auffassungen scheinen mir nicht völlig zuzutreffen.

Die Forderung einer engen Interpretierung des Begriffes der „gleichartigen“ Gewerbe ist gefährlich. Denn die HGF will die freie Konkurrenz schützen, somit fordert sie, daß alle sich konkurrenzierenden Gewerbe gleich behandelt werden. Dem Sinne des Art. 31 BV gemäß sind demnach alle Gewerbe gleichartig, die geeignet sind, in Konkurrenz zueinander zu treten. Dies ist aber offensichtlich bei den verschiedenen Unterhaltungsgewerben (Kinos, Theatern, Variétés, Konzerten etc.) der Fall, weshalb es sich hier um gleichartige Gewerbe im Sinne des Art. 31 BV handelt. Eine enge Interpretation des Begriffes „gleichartige“ Gewerbe, die bei sich konkurrenzierenden Gewerben gestatten würde, die einen im Verhältnis zu den anderen durch eine fiskalische Sonderbelastung zu benachteiligen, würde notgedrungen die freie Konkurrenz aufheben und damit den Grundsatz der HGF entwerten.

Anderseits ist es aber auch abwegig, die Kinopatenttaxe aus der „polizeilichen Funktion“ dieser Sondersteuer erklären zu wollen. Denn wie oben nachgewiesen wurde⁷¹⁾, kann eine Steuer schon *causa materiae* keine polizeiliche Funktion ausüben.

Dagegen ist die Kinopatenttaxe eine Zwecksteuer⁷²⁾, d. h. sie dient einem bestimmten Zwecke, nämlich der Finanzierung der Filmpolizei. Es liegt nun aber im Charakter einer Zwecksteuer, daß sie ausschließlich denen auferlegt wird, welche die zu finanzierende öffentliche Institution in beson-

⁷¹⁾ Vgl. oben S. 115 und 122.

⁷²⁾ Vgl. oben S. 124 ff.

derem Maße beanspruchen, d. h. deretwegen die öffentliche Institution zur Hauptsache erst geschaffen wurde. Insofern rechtfertigt sich aber auch die Kinopatenttaxe, selbst wenn man eine Gleichartigkeit der Kinos mit dem übrigen Unterhaltungsgewerbe annimmt.

6. Die Kinopatenttaxe und das Verbot prohibitiver Steuern

Aus der HGF leitete das Bger als weitere wichtige Schranke gegen eine extreme Sonderbesteuerung von einzelnen Gewerbebetrieben das Verbot prohibitiver Steuern ab. Ein bestimmter Geschäftszweig darf nicht besonderen Gewerbesteuern derart stark unterworfen werden, daß eine Rentabilität ausgeschlossen ist.

Dieses Verbot der prohibitiven Steuern bietet in seiner Auslegung Schwierigkeiten. Denn eine Gewerbesteuer, die für diesen und jenen Betrieb einer Gewerbeart noch angemessen und ohne weiteres tragbar wäre, könnte für einen anderen Betrieb, der vielleicht infolge schlechter Leitung oder Kapitalmangels weniger rentiert, prohibitiv wirken. Eine zu strenge Auslegung des Verbots hätte zur Folge, daß alle schwachen oder annähernd lebensunfähigen Betriebe weniger oder keine Steuern zahlen müßten. Das Bger entschied hier, die Höhe der zulässigen Belastung muß richtigerweise dadurch begrenzt werden, daß sie mit den normalerweise zu erzielenden Bruttoeinnahmen und mit den übrigen Kosten in einem vernünftigen Verhältnis steht. Das Steuermaß muß so gehalten sein, daß es auch für kleine Betriebe tragbar ist⁷³⁾. Dabei ist auch die generelle Steuerbelastung mitzubearbeiten⁷⁴⁾. Es läßt sich selbstverständlich keine exakte Verhältniszahl für das vernünftige Verhältnis zwischen normalerweise zu erzielenden Bruttoeinnahmen (auch bei kleinen Betrieben) und der zulässigen Gewerbesteuer errechnen. Ein ungefähres Bild über die zulässige Sonderbesteuerung des Lichtspieltheatergewerbes ergibt sich aus der Praxis des Bger's. Allerdings sind bei diesen Entscheiden, soweit sie nicht prozentmäßige Angaben enthalten, die im Laufe der Zeit durchgemachten Änderungen des Geldwertes zu berücksichtigen.

So bezeichnete das Bger eine Stempelsteuer von 5 Rappen auf jede Eintrittskarte eines Kinos, neben einer Konzessionsgebühr von Fr. 100.— bis 2000.— pro Jahr wegen ihrer Höhe (und Einseitigkeit) als unvereinbar mit BV Art. 31⁷⁵⁾.

Ferner ist eine monatliche Taxe für Kinos von Fr. 200.— keine Gebühr, sondern eine Steuer. In ihrer Höhe macht sie für kleine Kinos einen normalen Gewinn unmöglich, sie ist somit prohibitiv und vom Standpunkt der HGF aus unzulässig⁷⁶⁾.

⁷³⁾ Vgl. BGE 50 I 30.

⁷⁴⁾ Vgl. BGE 62 I 129.

⁷⁵⁾ Vgl. BGE 43 I 251.

⁷⁶⁾ Vgl. BGE 54 I 78.

Auch eine Steuer von 7⁰/₀ der Bruttoeinnahmen ist prohibitiv. Sie verunmöglicht einen normalen Verdienst und hält der HGF nicht stand⁷⁷⁾.

Dagegen schützte das Bger eine Steuer von 3⁰/₀ der Bruttoeinnahmen der Lichtspieltheater⁷⁸⁾.

IV. Das eidgenössische öffentliche Filmrecht

A. Das positive eidg. öffentliche Filmrecht

1. Historische Übersicht des positiven eidg. öffentlichen Filmrechts

Technische Fortschritte erfordern immer eine parallele Rechtsentwicklung, und dort, wo die Entwicklung der Technik noch zu keinem Stillstand kam, ist naturgemäß auch die Rechtsbildung in vollem Gange. Der Aufschwung des Filmgewerbes in technischer, kultureller und wirtschaftlicher Beziehung während der letzten vier Jahrzehnte war ungeheuer und nimmt unentwegt seinen Fortgang. Es ist daher verständlich, daß auch die Rechtsfindung in vollem Flusse ist. Intensiv wird heute an einer Filmgesetzgebung gearbeitet. Diesem Filmrecht de lege ferenda ist der Schluß dieser Monographie gewidmet¹⁾. Hier soll vorerst ein Abriß der eidg. Filmrechtsgeschichte der mannigfachen Impulse und die verschiedenen Entwicklungsphasen registrieren, die in ihrem Ergebnis zum heutigen Rechtsstatus führten.

Schon mit dem Aufkommen des Filmes begann seine gesetzliche Regelung. Die Kantone als Träger der Polizeihochheit unterwarfen vorerst das Lichtspieltheatergewerbe strengen sitten-, feuer- und baupolizeilichen Schranken. Doch waren den kantonalen Erlassen durch die HGF Grenzen gesteckt, welche es verunmöglichten, die wilde Entwicklung des Kinogewerbes aus wirtschafts- und kulturpolitischen Gründen in gewünschte Bahnen zu dämmen²⁾.

Aus diesem Grunde wurden bei der überhandnehmenden Bedeutung des Filmgewerbes diese kantonalen Schranken schon verhältnismäßig früh als ungenügend empfunden und Forderungen nach einer bundesrechtlichen Regelung laut. Die Rufer nach einer bundesrechtlichen Regelung sahen in der raschen Verbreitung der Lichtspieltheater eine Gefahr für das Volkswohl, der Staat sollte im öffentlichen Interesse einschreiten. Diese Besorgnis um das sittliche, geistige und kulturelle Heil des Volkes fand erstmals

⁷⁷⁾ Vgl. BGE 38 I 435.

⁷⁸⁾ Vgl. BGE 40 I 184.

¹⁾ Vgl. unten S. 157 ff.

²⁾ Schon 1911, in seinem Entscheid vom 10. Februar in Sachen Hofmann und Meyer (BBl 1911 II 682) unterstellte der Bundesrat in Änderung seiner bisherigen Judikatur das Kinogewerbe der HGF.

seinen parlamentarischen Ausdruck im vielzitierten Postulat von Nationalrat Zimmerli am 25. Januar 1921. Das Eidg. Departement des Innern wurde eingeladen, die Frage zu prüfen und Bericht darüber zu erstatten, ob nicht in Art. 31 BV eine Bestimmung aufzunehmen sei, welche den Kantonen die Befugnis einräumt, das Kinematographengewerbe den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen zu unterwerfen. Dieses Postulat wurde scheinbar nicht besonders dringlich empfunden, denn der BR ließ sich volle vier Jahre Zeit, bevor er am 26. Mai 1925 seinen allerdings außerordentlich eingehenden Bericht zu dieser Frage der Bvers vorlegte³⁾. Der Postulant hatte den Standpunkt eingenommen, die starke Vermehrung der Lichtspieltheater und der damit verbundene verschärfte Konkurrenzkampf könnte die Kinobesitzer im Interesse des Publikumserfolges veranlassen, ethisch und ästhetisch minderwertige Filme zu zeigen. Der BR kam damals noch in seinem Berichte zu dem das geistige und kulturelle Niveau des Volkes höher einschätzenden Schlusse, daß gerade die vermehrte Konkurrenz die Qualität der Filme günstig beeinflusse. Aus diesem Grunde sah der BR denn auch in der Bedürfnisklausel ein verfehltes Mittel, um das Niveau der Filme zu heben. Als geeignete Maßnahme zur Bekämpfung minderwertiger Filme wurde in erster Linie eine strenge Handhabung der Zensur erblickt. Dies Mittel zur Kulturhebung scheint allerdings äußerst problematisch, nachdem die Zensur, wie oben ausgeführt⁴⁾, keine ästhetische sein darf.

Dieser Bericht des BR zum Postulat Zimmerli, der gleichzeitig die Einführung einer Vorzensur durch Konkordat auf regionaler Grundlage empfahl, wurde am 8. Okt. 1926 vom NR und am 22. März 1927 vom StR zustimmend zur Kenntnis genommen. Auf Vorschlag im NR arbeitete dann der Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartements den Entwurf zu einem Konkordat der Kantone über die Filmzensur aus. Dieser stieß aber bei den kantonalen Behörden auf Widerstand, und in einer Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren vom 22. Nov. 1926 sprach man sich eindeutig für ein Bundesgesetz aus.

In der folgenden Zeit reihen sich eine Anzahl von Gesuchen an die Bundesbehörden, welche die Einführung vermehrter öffentlich-rechtlicher Schranken für das Filmgewerbe forderten. Wegleitend für diese Gesuche war einerseits das ideelle Interesse (so in den Gesuchen von gemeinnützigen Organisationen, namentlich Frauenverbänden), anderseits das wirtschaftliche (so im Gesuch der Fachverbände vom 20. April 1934⁵⁾). Diesen Ge-

³⁾ Vgl. BBl 1925 II 545ff.

⁴⁾ Vgl. oben S. 98ff.

⁵⁾ Die Association Cinématographique Suisse Romande und der Schweizerische Lichtspieltheaterverband, deutsche und italienische Schweiz, wollten, durch Eingaben an das Volkswirtschaftsdepartement vom 20. April bzw. 24. Mai 1934, zur Sanierung des Kinogewerbes ein Kinobauverbot analog dem Hotelbauverbot erlassen wissen.

suchen, verbunden mit dem Umstande, daß im Ausland der Film immer mehr zu einem Mittel der Staats- und Kulturpropaganda wurde, konnten sich die Bundesbehörden nicht länger verschließen. Es wurde auf den 3. Juli 1935 eine Konferenz nach Bern einberufen, welche die Möglichkeit einer organischen Zusammenarbeit zwischen privater Initiative und Staat auf dem Gebiete des Filmwesens prüfen sollte, welche geeignet wäre, die politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Interessen der Schweiz zu wahren⁶⁾. Diese Konferenz zählte 85 Teilnehmer. Es waren die Bundes- und Kantonsbehörden, die filmwirtschaftlichen Fachverbände und die schweizerischen Kulturverbände vertreten. Es wurde hier die Einsetzung einer Studienkommission durch das Eidg. Departement des Innern für alle das Filmwesen betreffenden Fragen angeregt.

Diese Studienkommission wurde denn auch in der Folge am 22. Jan. 1936 geschaffen. Sie umfaßte zehn ordentliche und einige konsultative Mitglieder, wobei Filmwirtschaft und Kulturverbände gleichmäßig vertreten waren. Ihr Aufgabenkreis war weitgezogen, war u. a. doch eine Enquête über das Filmwesen sämtlicher europäischer und der wichtigeren außereuropäischen Staaten vorgesehen. Annähernd ein volles Jahr war die Kommission tätig, bis sie am 18. Nov. 1936 ihre Schlußsitzung abhielt. Die Ergebnisse der geleisteten Arbeit finden wir zur Hauptsache in dem ausführlichen Schlußbericht der Kommission. Eine Würdigung der Ergebnisse bildet die Filmkammer-Botschaft des Bundesrates⁷⁾, wo u. a. ausgeführt wird: „Die Arbeiten der Studienkommission lassen keinen Zweifel mehr zu an der Notwendigkeit bestimmter staatlicher Maßnahmen zur Ordnung und Förderung des schweizerischen Filmwesens. Sie haben den überzeugenden Nachweis erbracht, daß auf diesem Gebiet lebenswichtige Interessen unseres Landes im Spiele sind. ... Als Voraussetzung für die Ergreifung wirksamer und zweckdienlicher Maßnahmen hat die Studienkommission ihrerseits die Schaffung eines zentralen Organs bezeichnet, ... die Kommission hat in aller Form den Antrag auf Schaffung einer Schweizerischen Filmkammer gestellt“⁸⁾.

Die Gründung dieses zentralen Fachorgans schien derart dringlich, daß nicht einmal die Stellungnahme der Bvers abgewartet werden konnte. Gestützt auf BV Art. 104 wurde durch BRB vom 18. Juni 1937 eine Eidg. Film-Kommission bestellt. Der erforderliche Kredit wurde auf dem Budgetweg (d. h. durch Belastung des Voranschlags der Eidgenossenschaft für 1937) beschafft.

Doch schon einen Monat später legte der BR mit Botschaft vom 13. Juli 1937 der Bvers einen Entwurf über die Schaffung einer Schweizerischen Filmkammer vor. Unterstützt wurde der BR durch eine am 4. Sept. 1937

⁶⁾ Protokoll in „Schweizer Film“ Sept. 1936 S. 7.

⁷⁾ Botschaft des BR an die Bvers über die Schaffung einer Schweiz. Filmkammer vom 13. Juli 1937 (BBl 1937 II 474ff.).

⁸⁾ BBl 1937 II S. 483.

der Bvers im Namen und Auftrag von 32 namhaften schweizerischen Organisationen eingereichte Denkschrift⁹⁾. Diese Denkschrift, die Ordnung des Filmwesens in der Schweiz betreffend, die sog. Filmthesen, forderten u. a.:

- a) Eine schweiz. Filmpolitik (Organisation: Filmkammer);
- b) die Schaffung eines eidg. Rahmengesetzes für das Filmwesen;
- c) die Schaffung einer Einfuhrkontrolle für alle Filmarten.

Am 20. Sept. 1937 kam die Filmkammer-Vorlage des BR's vor den StR, wo sie in globo diskussionslos angenommen wurde. Der NR dagegen wies sie nach einer heftigen Diskussion am 26. Okt. 1937 wegen juristischer und politischer Bedenken an den BR zurück¹⁰⁾.

In einer Nachtragsbotschaft vom 19. März 1938 versuchte hierauf der BR, die juristischen Bedenken gegen die Schaffung einer Schweiz. Filmkammer zu zerstreuen. Gleichzeitig hatte er seinen Entwurf zum Filmkammerbeschluß in mancher Hinsicht den Wünschen des NR's angepaßt¹¹⁾. Der BR stellte sich bei seinen Ausführungen in der Hauptsache auf den Standpunkt, daß der vorgeschlagene Erlaß am materiellen Rechtszustand nichts ändere, und daß für alle Maßnahmen, welche sich nicht auf das geltende Recht stützen lassen, zur gegebenen Zeit die nötige Grundlage auf verfassungsmäßigem Wege werde geschaffen werden können. Er betonte dann die Notwendigkeit eines solchen zentralen Fachorgans mit genauen Sachkenntnissen, bei einer Materie „von der komplexen und heiklen Beschaffenheit des Filmwesens“, im Hinblick auf die zu lösenden gesetzgeberischen Probleme und auch „zum Zweck der einheitlichen und sachgemäßen Behandlung der Filmangelegenheiten, mit denen verschiedene Abteilungen der Bundesverwaltung sich schon auf Grund ihrer derzeitigen Kompetenzen zu befassen haben“¹²⁾. Die Vorlage wurde diesmal auch vom NR genehmigt. So kam am 28. April 1938 der BB über die Schaffung einer Schweiz. Filmkammer zustande¹³⁾. Er nennt in Art. 1 Abs. 1 als Zweck der Schweiz. Filmkammer die Zusammenfassung und wirksame Gestaltung der Bestrebungen zur Ordnung des Filmwesens und zur Förderung seines nationalen Charakters.

Der BR erließ gestützt auf diesen BB am 13. Sept. 1938 ein Organisationsreglement, welches erstmals am 5. Mai 1942 und dann wieder am 24. Mai 1949 ersetzt wurde. Letzteres besitzt noch bis zum 31. Dezember 1951 Geltung.

Mit der Konstituierung der Schweizerischen Filmkammer im Herbst 1938 fand ein Teil der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des schweiz.

⁹⁾ Stieger und Gutersohn, Filmthesen, Winterthur 1937.

¹⁰⁾ Vgl. unten S. 142 ff.

¹¹⁾ Vgl. unten S. 142 ff.

¹²⁾ BBl 1938 I 331.

¹³⁾ AS 54, 204.

Filmrechts seinen vorläufigen Abschluß. Eine Filmverwaltungsorganisation des Bundes war geschaffen worden. Aber verständlicherweise kann sich nicht das eidgenössische Filmrecht im formellen Recht erschöpfen. Wenn hier überhaupt der umgekehrte Weg statt des üblichen beschritten und vor dem materiellen ein formelles Filmrecht geschaffen wurde, so liegt die Begründung darin, daß die vorläufige Hauptaufgabe dieser Filmverwaltungsrechtsorganisation in der Vorbereitung und Ausarbeitung des materiellen Filmrechts besteht.

2. Die Gliederung des eidg. öffentlichen Filmrechts

Die Normen des eidg. öffentlichen Filmrechts sind noch in keiner Kodifikation zusammengefaßt. Es bestehen lediglich Einzelerlasse, und selbst diese sind nicht allzu zahlreich. Es hätte die Möglichkeit bestanden, diese Erlasse in der Reihenfolge ihrer Bedeutung zu besprechen. Demgegenüber wird hier versucht — insbesondere im Hinblick auf die kommende Filmrechtskodifikation —, diese Spezialerlasse in das System der üblichen Rechtsdogmatik einzuordnen.

Man unterscheidet also in erster Linie: formelles und materielles Filmrecht. Hier besteht die Singularität, welche sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Bundesfilmrechts erklärt, daß sich dieses sozusagen im formellen öffentlichen Filmrecht erschöpft. Es existiert eine Verwaltungsorganisation, deren Aufgabe aber vorläufig zur Hauptsache in der Ausarbeitung der künftigen Gesetzgebung besteht, um sich so selber den eigentlichen materiellen Inhalt zu schaffen. Das formelle oder organisatorische Filmrecht des Bundes läßt sich wiederum in ein organisatorisches und in ein materielles Filmverwaltungsrecht gliedern. Unter organisatorischem Filmverwaltungsrecht verstehen wir die Normen, welche Aufbau der Filmverwaltung und deren Eingliederung in die übrige Verwaltungsorganisation des Bundes regeln. Diese Normen enthalten aber z. T. auch materielles Filmverwaltungsrecht (Verhaltensrecht), insofern sie die Funktionen der Filmverwaltungsorgane umschreiben. Als dritter Teil des Filmverwaltungsrechts wäre die Filmverwaltungsgerichtsorganisation anzuführen.

Damit gelangen wir zum rudimentären, materiellen eidg. Filmrecht. Als solches kann wegen seiner Auswirkungen allenfalls die Filmkontingentierung angesprochen werden. Das übrige materielle Filmrecht ist erst in Gesetzesentwürfen enthalten.

3. Das Verhältnis des eidgenössischen öffentlichen Filmrechts zur HGF im allgemeinen

Die HGF besitzt keinen richterlichen Schutz gegen Verletzungen durch Bundesgesetze und allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse. Grundsätzlich ist aber dennoch der verfassungsmäßige Schutz auch gegen den Bund ge-

geben. Gerade der Ausschluß des akzessorischen Prüfungsrechts verpflichtet zu einer doppelt gewissenhaften Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bundeserlasse, denn hier kann kein richterliches Urteil dem Bürger seine Rechte wahren. Dazu kommt, daß einzelne Freiheitsrechte, worunter vorab die HGF, derart in ihrer Existenz bedroht sind, daß das akzessorische Prüfungsrecht zu einer der brennendsten Rechtsforderungen der Gegenwart wurde. Es ist zu hoffen, daß die Erfüllung dieses Postulates aus der heute noch weitgehend rechtstheoretischen Frage in abschbarer Zeit eine praktische formt¹⁴⁾.

Für die heutige large Verfassungsauslegung ist der einzige materielle Filmrechtserlaß, die sog. Filmkontingentierungsverfügung, bezeichnend¹⁵⁾.

Aber auch das formelle Filmrecht ist in diese Betrachtung einzubeziehen. Es könnte der Einwand erhoben werden, daß der Aufbau einer Verwaltungsorganisation eine rein verwaltungsinterne Angelegenheit sei und somit unfähig ist, die HGF zu tangieren. Dies wird im allgemeinen der Fall sein, trifft aber im speziellen für die Filmverwaltungsorganisation nicht zu. Im allgemeinen wird nämlich zuerst materielles Recht geschaffen, und dann erst werden die Organe bestimmt, welche dieses Recht anzuwenden haben. Das formelle Recht ist schließlich immer nur die Voraussetzung oder Folge des materiellen Rechts; eine Verwaltungsorganisation kann sinnvollerweise nicht Selbstzweck sein. Der Umstand, daß im Filmrecht zuerst eine Verwaltungsorganisation geschaffen wurde, birgt enorme Gefahren für die HGF in sich. Die These von den rein beratenden und gesetzesausarbeitenden Funktionen dieser Verwaltungsorganisation wurde durch die Rechtsentwicklung widerlegt. Schon die Voraussetzungen waren nicht gegeben. Waren doch schon 1937 staatliche Maßnahmen zur Ordnung und Förderung des Filmgewerbes als derart dringend empfunden worden, daß sogar vor Schaffung der Schweizerischen Filmkammer, als Interimslösung, eine eidgenössische Filmkommission eingesetzt wurde. Auch in der Filmkammerbotschaft wurde eine umfassende öffentlich-rechtliche Ordnung des Filmgewerbes als dringend dargestellt. Der Film und die Organisation des Filmwesens tangiere weitgehend das öffentliche Interesse. Die private Initiative sei zu schwach, selbst dort, wo sie das Gemeinwohl im Auge habe. Die Fachverbände dagegen seien schon durch ihren Zweck einseitig orientiert. Der Staat habe im öffentlichen Interesse einzugreifen.

Heute, zwölf Jahre nach der Schaffung der Filmkammer, ist auf dem ordentlichen Gesetzgebungsweg noch kein einziger Filmrechtserlaß, geschweige denn eine umfassende Filmgesetzgebung, ergangen. Es ist nun aber nicht glaubhaft, daß die geforderte, umfassende öffentlich-rechtliche Ordnung im Filmgewerbe unterdessen allein durch eine gesetzesausarbei-

¹⁴⁾ Vgl. oben S. 24ff.; ferner Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 933; Nef, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde, ZSR n. F. 69/133aff.

¹⁵⁾ Vgl. unten S. 150ff.

tende und beratende Tätigkeit erzielt werden konnte. Nachdem ein staatliches Eingreifen im Filmgewerbe notwendig erschien, war eine Delegation öffentlich-rechtlicher Kompetenzen an die Filmverwaltungsorganisation Voraussetzung dazu. Ohne Einräumung minimaler Befugnisse wäre ihr auch der geringste ordnende Einfluß im Filmgewerbe versagt geblieben. Wird nun eine Verwaltungskommission ohne bestimmten materiellrechtlich festumschriebenen Aufgabenkreis gegründet, so besteht unbedingt die Gefahr, daß ihr bestimmte Funktionen, unter Umgehung des ordentlichen Gesetzgebungsweges, durch extensive Auslegung artfremder (d. h. in concreto nicht spezifisch filmischer) Erlasse, nachträglich übertragen werden. Im Falle der Filmkammer war diese Gefahr besonders groß, weil:

- a) diese keine reine Verwaltungskommission im Sinne einer bloßen Sachverständigenkommission ist,
- b) eine rechtliche Ordnung des Filmgewerbes zum vorneherein als brennendes Problem erschien,
- c) eine Erweiterung der Funktionen der SFK von Anfang an vorgesehen war,
- d) der Film im Brennpunkt der Öffentlichkeit steht, er demzufolge besonders empfindlich gegen staatliche Maßnahmen ist, was eine gewisse Scheu vor Volksentscheiden erwarten ließ.

Es wird der Volksentscheid umgangen, eine Gesetzgebung fehlt, dafür existiert eine Verwaltungskommission mit konkreten Befugnissen. Wir haben keine Filmgesetzgebung, dafür eine Filmkontingentierung, die es ermöglichte, den Filmverleih und indirekt auch das Lichtspieltheatergewerbe einer strengen Bedürfnisklausel zu unterwerfen.

Aus diesen Gesichtspunkten heraus scheint eine eingehendere Untersuchung des gesamten öffentlichen Filmrechts auch bei unserer Aufgabenstellung berechtigt.

4. Das formelle öffentliche Filmrecht

(Das organisatorische Filmverwaltungsrecht)

a) Die Rechtsnatur der SFK

Die SFK wird heute allgemein als Verwaltungskommission (als sog. Sachverständigenkommission) bezeichnet. Diese Bezeichnung ist ungenau. Sie kann sich nur auf die Botschaft des BR's zum Filmkammererlaß stützen. Dort wird ausgeführt, daß es sich bei der SFK um eine konsultative Verwaltungskommission des Bundes handle¹⁶⁾.

Der Wert der Gesetzesmaterialien zur Rechtsfindung ist relativ. Der Sinn, welcher einem Erlaß nach dem Willen des Gesetzgebers zukommt, differiert häufig mit der Auslegung, welche der gleiche Erlaß in der Praxis fand. Verba volant, scripta manent. Gilt dieser Satz schon für materielle

¹⁶⁾ Vgl. BBl 1938 I S. 332.

Gesetzeserlasse, welche vermehrte Geltung darf er dann bei Organisationsnormen beanspruchen, die von der Praxis allgemein als Verwaltungsakte und nicht als Rechtssätze betrachtet werden. Es entstehen so z. B. durch BRB oder einfachen BB Amtsstellen und Kommissionen ohne obrigkeitliche Gewalt, denen aber nachträglich wiederum durch bloßen BRB¹⁷⁾ staatliche Hoheitsrechte eingeräumt werden. Dieses Prozedere ist unzulässig, weil den Organisationsnormen, welche staatliche Hoheitsrechte verleihen, immer ein Verhaltensrecht inhärent ist. Diese Organisationsnormen charakterisieren sich als Rechtssätze und erfordern den Gesetzgebungsweg. Diesen allgemeinen Ausführungen kommt für den Filmkammerbeschluß eine besondere Bedeutung zu. Er sanktionierte nämlich von vorneherein jenes als unzulässig geschilderte Vorgehen.

Der Filmkammerbeschluß ist am besten aus der historischen Situation heraus zu verstehen. Von zahlreichen Seiten war eine umfassende Ordnung des Filmgewerbes dringend gefordert worden. Es fehlte aber ein Verfassungsartikel, unter welchem man das Filmgewerbe in globo hätte subsumieren können¹⁸⁾. Es sollte nun ein Organ geschaffen werden, welches einerseits die zukünftige Filmgesetzgebung vorzubereiten und auszuarbeiten hatte, andererseits aber auch mit der Vollziehung der Bundeserlasse betraut und mit konkreten materiellen Verwaltungsfunktionen versehen werden konnte. Man wollte also nicht nur eine Sachverständigenkommission zur Beratung und Unterstützung der Verwaltungsstellen, welche sich mit dem Filmgewerbe zu befassen haben, gründen¹⁹⁾. Es gab ja noch gar keine solche Verwaltungsstelle²⁰⁾. Auch eine grammatikalische Interpretation des Filmkammererlasses weist keineswegs nur auf einen Kommissionscharakter des neu zu schaffenden Organs hin. Im Gegenteil erhält der Filmkammererlaß eine Blankovollmacht an den BR zur Aufstellung der Organisationsnormen der SFK. Über den Charakter dieser Verwaltungsorganisation schweigt sich der BB aus.

Dem BR steht nach dem Wortlaut des BB die uneingeschränkte Organisationsgewalt zu. Es kommt dem BR aber nach dem BB nicht nur die innere

¹⁷⁾ So z. B. gerade bei der Filmkammer, aber auch bei der meteorologischen Zentralanstalt.

¹⁸⁾ Wie z. B. das Radiowesen unter das Postregal (Art. 36 BV).

¹⁹⁾ Dies verdeutlicht z. B. die Tatsache, daß im 1. Entwurf ausdrücklich eine Ermächtigung an den BR vorgesehen war, der SFK durch bloßen BRB Rechtspersönlichkeit zu verleihen. Es ist allerdings unklar, als was die SFK nach Verleihung der Rechtspersönlichkeit erschienen wäre. M. E. wäre nur eine öffentliche Anstalt in Frage gestanden.

²⁰⁾ Es sei denn die Zollverwaltung, welche bei der Einfuhr kinematographischer Filme den Zolltarif nach Gewicht erhob. (Pos. 694a: unbelichtete kinemat. Filme Fr. 40.— per q; Pos. 902a: belichtete Fr. 60.— per q. Vgl. BBl 1937 II 487.) Evtl. noch das Dep. des Innern, soweit Kunst- und Kulturbelange des Filmes in Frage stehen.

Organisation der SFK, d. h. die Aufstellung der Organisationsnormen, sondern auch die äußere Organisation, d. h. die Einordnung der SFK in die übrige Bundesverwaltung zu²¹⁾. Die Rechtsnatur der SFK kann sich somit nur aus dem BRB betr. der Organisation der SFK ergeben.

Es ist noch zu prüfen, ob vielleicht aus dem übrigen Wortlaut des Filmkammerbeschlusses der Charakter der SFK als beratende Sachverständigenkommission hervorgeht. Im BB wird Zweck²²⁾ und Aufgabe²³⁾ der SFK umschrieben. Zweck der SFK ist die „Zusammenfassung und (die) wirksame Gestaltung der Bestrebungen zur Ordnung des Filmwesens in der Schweiz und zur Förderung seines nationalen Charakters“. Es stellt sich die Frage, ob nicht in der Zweckumschreibung auch eine Delegation an den BR zum Erlaß materieller Normen und zur Verleihung staatlicher Hoheitsgewalt, soweit es der Zweck erfordert, enthalten ist. Denn wie können Bestrebungen zur Ordnung *wirksam* gestaltet werden, ohne daß man die der Ordnung entgegenlaufenden, die ordnungsstörenden, die ordnungswidrigen Faktoren eliminiert. Wessen Bestrebungen sind überhaupt gemeint? Es kann kaum die Meinung haben, daß der Bund befugt wäre, die Bestrebungen der Kantone autoritativ zu regeln. Dagegen spricht das föderative Prinzip des Art. 3 BV. Demzufolge scheint aber auch in Art. 1 Abs. 3 BB der Vorbehalt zu Gunsten der „Befugnisse der Kantone insbesondere in bezug auf die Filmzensur“ überflüssig. Der Vorbehalt kann aus dem gleichen Grunde auch nicht die Meinung haben, nur die Filmzensur bleibe den Kantonen vorbehalten, dagegen könne der Bund auf anderen Gebieten in die Domäne des Kantons eingreifen. Aber auch keine positive Bedeutung kann dem Vorbehalt zugesprochen werden in dem Sinne, daß er den Kantonen die Filmzensur garantiere. Wenn z. B. je das Bger den Film (insbesondere die Wochenschau) der Pressefreiheit unterstellen würde, könnte diesem Vorbehalt dennoch keine Bedeutung zukommen, weil ihm die Allgemeinverbindlichkeit fehlt. In diesem positiven Sinne hätte die Bestimmung rechtssetzenden Charakter und würde somit der Kognition des Bger's unterstehen. (Nur materielle Verwaltungsakte, die auf einfachen BB beruhen, sind dem materiellen akzessorischen Prüfungsrecht des Bger's entzogen.) Wir kommen somit zur Schlußfolgerung, daß eine Zusammenfassung und wirksame Gestaltung der Bestrebungen der Kantone nur in der Führung und Leitung von Konkordatsverhandlungen liegen könnte²⁴⁾.

²¹⁾ Vgl. BB Art. 1 Abs. 4ff. Nach dem eindeutigen Wortlaut war der BR auch keineswegs an seinen Organisationsreglementsentwurf, welcher zur Zeit des BB schon vorlag, gebunden. Dieser Ansicht war auch der BR, der dieses OGR wiederholt abänderte.

²²⁾ Vgl. BB Art. 1 Abs. 1.

²³⁾ Vgl. BB Art. 1 Abs. 2.

²⁴⁾ Allerdings ist für solche Konkordatsverhandlungen nach dem Scheitern früherer keine günstige Prognose zu stellen.

Es erscheint aber noch problematischer, wenn als Subjekt der Bestrebungen die Wirtschafts- und Kulturverbände gemeint sind; denn die Bestrebungen der Kulturverbände werden auf dem kulturellen, diejenigen der Fachverbände auf dem wirtschaftlichen Gebiete liegen. Daraus resultiert eine Möglichkeit zu Divergenzen. Ließen sich aber sogar diese Bestrebungen trotz divergierenden Interessen auf einen Nenner bringen, so erscheint wiederum „eine wirksame Gestaltung“ dieser Bestrebungen, ohne Delegation öffentlich-rechtlicher Kompetenzen an die SFK zu mindestens fraglich.

Der BB erteilt der SFK aber auch konkrete materielle Verwaltungsaufgaben. „Die SFK soll auf eine planmäßige Zusammenarbeit der am schweizerischen Filmwesen beteiligten oder interessierten Kreise im Sinne des geistigen, kulturellen, politischen und wirtschaftlichen Landesinteresses hinwirken“. Wenn diesem Satze nicht nur deklamatorischer Charakter zugesprochen werden will, so bedingt er eine umfassende Aufsicht des gesamten Filmgewerbes. Als weitere Aufgabe der SFK ist schließlich noch eine beratende und antragstellende Funktion als Fachorgan vorgesehen²⁵⁾. Dies weist allerdings weitgehend auf eine Sachverständigenkommission hin. Ein beratendes und antragstellendes Fachorgan ist eine Sachverständigenkommission. Der Hinweis auf die zuständigen Behörden kann als Anzeichen dafür ausgelegt werden, daß der Verwaltungskommission keine staatliche Hoheitsgewalt zukommen soll. Zuständig werden im Filmgewerbe in erster Linie die kantonalen Behörden sein. Für die eidg. Behörden wird sich die beratende Tätigkeit zum größten Teil in einer gesetzesausarbeitenden erschöpfen müssen. Denn, wie schon erwähnt, ist die Zuständigkeit eidg. Amtsstellen für das Filmgewerbe äußerst beschränkt. Zuständig ist höchstens für den Film als Kunst- und Kulturfaktor das Departement des Innern, für die Einfuhr das Zolldepartement. Es muß aber betont werden, daß auch schon im BB die beratende Funktion nur eine neben den anderen Funktionen der SFK darstellt.

Um die kommentarartige Darlegung des BB zu Ende zu führen, ist noch Art. 2 kurz zu erörtern. Dieser regelt zur Hauptsache das Finanzielle. Er sieht ein relatives²⁶⁾ Maximum für die SFK und ihr *Sekretariat* vor, welches jeweils in den Voranschlag der Eidgenossenschaft aufzunehmen ist. Es ist hier plötzlich von einem „Sekretariat“ die Rede, welches im gesamten übrigen BB nicht erwähnt ist. Darin liegt ein wichtiger Anhaltspunkt für die Untersuchung der Rechtsnatur der SFK. Nachdem nämlich das Sekre-

²⁵⁾ Vgl. BB Art. 1 Abs. 2 letzter Satz.

²⁶⁾ Die finanzielle Belastung des Bundes darf nur Fr. 50 000.— überschreiten, soweit dem Bund im Vorjahre Einnahmen auf Grund von Erlassen über das Filmwesen zugeflossen sind. Wegen der Steuer- und Polizeihohheit des Kantons sind die Steuern (Billett-, Gewerbe- und Einkommensteuern) und auch die Polizeigebühren kantonal. Finanzielle Bundeserlasse werden dementsprechend zur Hauptsache nur Einfuhrgebühren betreffen können.

tariat im BB ausdrücklich genannt ist, läßt sich daraus ableiten, daß es ein integrierender Bestandteil der SFK bilden muß. Andererseits kann für die Rechtsnatur des Sekretariats, da diese im BB selber keine Umschreibung findet, nur die Definition des Organisationsreglements maßgebend sein, welches beim Erlaß des BB im Entwurf schon vorlag. Sollten die SFK und das Sekretariat nach Organisationsreglement keine Verwaltungskommission darstellen, müßte zwangsweise daraus gefolgert werden, daß auch der BB nicht die Schaffung einer Verwaltungskommission verfolgte. Nächste Aufgabe bildet die Untersuchung des Organisationsreglements (OGR) für die SFK. Vorher soll noch eine kurze Zusammenfassung der bisher gefundenen Ergebnisse gegeben sein.

Zusammenfassung: Nach historisch-teleologischer Interpretation bezweckte der BB nicht nur die Schaffung einer beratenden Sachverständigenkommission, sondern den Aufbau einer Filmverwaltungsorganisation, welche alle gegenwärtige und zukünftige Filmverwaltungsaufgaben zu übernehmen hatte.

Eine grammatikalische Interpretation des BB zeigt, daß dieser Filmverwaltungsorganisation nicht nur beratende, sondern konkrete materielle Verwaltungsaufgaben zustehen. Es erscheint ferner problematisch, ob diese Aufgaben nicht z. T. eine Einräumung staatlicher Hoheitsgewalt erfordern.

Nachdem der Filmkammerbeschluß die Organisation der SFK dem BR vollkommen überläßt, kann sich die Rechtsnatur der SFK nur aus dem Organisationsreglement des BR's ergeben. Bei unserer Untersuchung gehen wir vom letzten²⁷⁾ OGR aus und greifen nur auf die früheren²⁸⁾ zurück, insofern sie für diese Untersuchung bedeutsame Abweichungen enthalten²⁹⁾. Über die Organisation der SFK informieren zur Hauptsache Art. 2 und Art. 6 des OGR. Ein Vergleich dieser beiden Artikel zeigt aber, daß unter dem Begriff „Filmkammer“ zweierlei verstanden wird. Art. 2 nämlich spricht von der personellen Zusammensetzung der Filmkammer, wogegen Art. 6 die Organe der Filmkammer aufzählt. Bei den Organen wiederum figuriert unter dem Namen „Vollversammlung“ die „Filmkammer“ des Art. 2. Nur diese „Vollversammlung“, diese Filmkammer im engeren Sinne, stellt sich als Verwaltungskommission dar, während unter Filmkammer im weiteren Sinne die ganze Filmverwaltungsorganisation, bestehend aus mehreren Organen: der Vollversammlung, dem Büro, den Fachausschüssen und dem Sekretariat, verstanden wird. Es ist also streng zu unterscheiden zwischen Filmkammer i.e.S. und Filmkammer i.w.S. Diese Unterscheidung wird leider weder im BB noch im BRB noch in der Praxis durchgeführt, was um

²⁷⁾ Vom 24. Mai 1949.

²⁸⁾ Vom 13. Sept. 1938 (AS 54, 472), vom 5. Mai 1942 (AS 58, 434).

²⁹⁾ Die Organisation der SFK blieb prinzipiell die gleiche, der Aufgabenkreis erfuhr eine formelle Abschwächung.

so mehr zu bedauern ist, als es sich um zwei grundverschiedene Sachen handelt. Die SFK i.e.S. ist eine Verwaltungskommission, ist eine Sachverständigenkommission für Filmfragen; die SFK i.w.S. dagegen ist ein neues eidg. Filmamt. Wenn in dieser Arbeit zukünftig von der SFK die Rede ist, so ist immer die SFK i.w.S. verstanden. Denn die Bezeichnung eines einzelnen Organs, nämlich der Vollversammlung, als Filmkammer ist nicht begründet. Es handelt sich bei der Vollversammlung, wie zu zeigen sein wird, nicht um das bedeutungsvollste, sondern nur um das größte Organ. Das wichtigste, das an Kompetenzen reichste Organ ist unbedingt das SFK-Sekretariat, welches im Grunde gar kein „Sekretariat“, sondern eine neue Unterabteilung des Departements des Innern, eine Sektion Film darstellt.

Es ist nun Aufgabe, anhand einer Analyse der einzelnen Organe die hier erhobenen Behauptungen zu bekräftigen.

b) Die Organe der SFK

Die Vollversammlung oder die SFK i.e.S. Die SFK i.e.S. zeigt die bedeutsamen Charakteristika einer Verwaltungskommission. Eine Betrachtung der Verwaltungskommissionen des Bundes weist eine unglaubliche Vielfalt von rechtlichen Spielarten auf. Insbesondere ist ein Fehlen staatlicher Hoheitsgewalt kein Wesensmerkmal der Verwaltungskommission. Es existieren ebensoviele Verwaltungskommissionen mit staatlicher Hoheitsgewalt als ohne³⁰⁾. (Die Zuerkennung staatlicher Hoheitsgewalt ist nur für den Schöpfungsakt von Bedeutung.)

Die Verwaltungskommission ist ein Kollegialorgan, d. h. sie entscheidet als Kollegium und kennt keine persönliche Verantwortung der einzelnen Mitglieder für die Entscheide. Sie wird überall dort in die Verwaltung eingesetzt, wo bestimmte Sach- und Fachkenntnisse gefordert sind. Sie ist zwar ein Organ der Bundesverwaltung, ordnet sich aber nicht in das hierarchische System der Verwaltung ein, das will sagen, sie begründet keine Über- und Unterordnung und kennt auch keine dienstliche Befehlsgewalt. Somit sind ihre Mitglieder, obwohl sie in öffentlich-rechtlicher Form berufen und dem öffentlichen Recht unterstellt sind, keine Bundesbeamten³¹⁾.

Diese Kennzeichen der Verwaltungskommission finden sich auch bei der Vollversammlung der SFK. Die Mitglieder werden in öffentlich-rechtlicher Form berufen, d. h. sie werden durch den BR auf Antrag des Departements des Innern gewählt³²⁾. Sie unterstehen aber lediglich der Aufsicht des Departements des Innern und des BR's³³⁾. Negativ formuliert

³⁰⁾ Z. B. ohne: die eidg. Kunstkommission;
mit: die Landesverteidigungskommission.

³¹⁾ Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 653.

³²⁾ Vgl. OGR Art. 2 Abs. 1.

³³⁾ Vgl. OGR Art. 5.

bedeutet dies, daß sie nicht der Disziplinar- oder Dienstgewalt einer vorgesetzten Behörde unterstehen. Es existiert somit keine disziplinarische Ahndung, möglich ist höchstens eine Abberufung³⁴⁾ oder dann eine Nichtwahl nach Ablauf der Amtszeit. Für Verletzung des Amtsgeheimnisses steht außerdem noch Art. 320 StGB in Frage. Die Mitgliedschaft in der SFK i.e.S. ist kein Haupt-, sondern ein Nebenamt³⁵⁾. Die Mitglieder beziehen kein Fixum, sondern Taggelder und Reiseentschädigungen³⁶⁾, welche gemäß den jeweiligen Bestimmungen über die Taggelder und Reiseentschädigungen der Mitglieder eidg. Verwaltungskommissionen festgesetzt werden³⁷⁾. Die Funktionen der SFK i.e.S. verlangen auch das Haupterfordernis der Verwaltungskommissionen (Sachverständigenkommissionen): besondere Sach- und Fachkenntnisse³⁸⁾.

Das Büro. Das Büro, bestehend aus dem Präsidenten und den zwei Vizepräsidenten³⁹⁾, bildet die Geschäftsleitung. Ihm steht besonders die Kompetenz zu, in dringenden Fällen an Stelle der Vollversammlung, Fachausschüsse zu bestellen.

Die *Fachausschüsse* bilden „Kommissionen in der Kommission“. Besondere Bedeutung kommt dem Gesetzgebungsausschuß im Hinblick auf die geplante Filmgesetzgebung zu.

Die Zentrumsposition in der SFK nimmt das *Sekretariat* ein. Dieses ist administrativ dem Departement des Innern angegliedert⁴⁰⁾. Seine Mitglieder sind Bundesbeamte, die vom Departement des Innern in Einvernahme mit dem Finanz- und Zolldepartement nach Maßgabe der Personalgesetzgebung des Bundes⁴¹⁾ angestellt werden. Sie sind aber keineswegs auch Mitglieder der SFK i.e.S.⁴²⁾, einzig nimmt der Vorsteher des Sekretariats oder ein von ihm bestimmter Stellvertreter an den Sitzungen der Vollversammlung

³⁴⁾ Vgl. OGR Art. 12 Abs. 2.

³⁵⁾ Es ist ja gerade der Sinn der Verwaltungskommissionen, bestimmte, besonders heikle Fragenkomplexe den Berufsbeamten zu entziehen, um diese Gebiete so vor schädlichen Auswirkungen einer Bürokratie zu schützen.

³⁶⁾ Vgl. OGR Art. 15.

³⁷⁾ Vgl. VO v. 12. Jan. 1934 über die Taggelder und Reiseentschädigungen von Kommissionsmitgliedern und Experten (AS 50, 44), abgeändert durch BRB v. 19. Jan. 1945 (AS 61, 45).

³⁸⁾ Diese Sachkenntnis ist weitgehend durch die personelle Zusammensetzung der SFK i.e.S. gegeben. So besteht sie nach Art. 2 aus 27 Mitgliedern, wovon elf Vertreter der filmwirtschaftlichen Fachverbände, neun Vertreter der Filmkunst und -kultur und je zwei Vertreter der Kantone, des Bundes und der Stiftung pro Helvetia, dazu noch der Präsident.

³⁹⁾ Vgl. OGR Art. 8.

⁴⁰⁾ Vgl. OGR Art. 11.

⁴¹⁾ Vgl. BG über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927.

⁴²⁾ Es ist deshalb auch die Amtsdauer verschieden. Sie fällt bei den Mitgliedern des SFK i.e.S. nach Art. 3 mit der Gültigkeitsdauer des Reglements zusammen, d. h. bis zum 31. Dez. 1951 (Art. 17).

(SFK i.e.S.), des Büros und der Fachausschüsse mit beratender Stimme teil⁴³). Das Sekretariat ist mit der SFK i.e.S. nur durch den Umstand verbunden, daß es deren laufende Geschäfte zu besorgen hat⁴⁴). In dieser Beziehung obliegt auch die unmittelbare Überwachung seiner Geschäftsführung der SFK i.e.S. Dagegen besitzt das Sekretariat heute auch einen unabhängigen, eigenen Geschäftskreis. Terminologisch stellt es gar kein „Sekretariat“ (Kanzlei) dar, denn unter Sekretariat werden Dienstabteilungen ohne staatliche Hoheitsgewalt verstanden. Das „Sekretariat“ dagegen verfügt über weitreichende Kompetenzen, die die HGF im Filmgewerbe weitgehend aufhoben⁴⁵). Es stellt also vielmehr eine neue Unterabteilung der Abteilung I des Departements des Innern, eine Dienstabteilung, eine Sektion Film dar⁴⁶).

Auf die Ausstattung des Sekretariats und der SFK i.e.S. mit staatlichen Hoheitsrechten wird beim materiellen Filmverwaltungsrecht⁴⁷) näher einzutreten sein. Diese geschah ausschließlich durch bloßen BRB. Es ist dabei auffallend, daß das neue OGR im Gegensatz zu den früheren eine Mitwirkung der SFK beim Vollzug eidg. Erlasse nicht mehr ausdrücklich vorsieht. So zählte das vorgehende OGR⁴⁸) noch ausdrücklich in Art. 1 Ziff. 4 zum Aufgabenkreis der SFK: „Die Mitwirkung beim Vollzug eidg. Erlasse über das Filmwesen nach Maßgabe dieser Erlasse“. Ferner in Ziff. 8: „Die Ergreifung sonstiger Maßnahmen zur Ordnung und Förderung des schweiz. Filmwesens im Rahmen der Gesetzgebung“. Allerdings kommt dieser Änderung im OGR keine praktische Bedeutung zu, weil die SFK nach wie vor obrigkeitliche Gewalt besitzt.

Zusammenfassend läßt sich sagen:

1. Die Rechtsnatur der SFK ergibt sich nicht aus dem Filmkammererlaß. Dieser überläßt die Bestimmung der Organisation der SFK dem BR. Aus dem Wortlaut des BB ergibt sich nicht einmal, ob ein Organ mit oder ohne obrigkeitlicher Gewalt zu schaffen ist.

2. Die Rechtsnatur der SFK läßt sich selbst aus dem OGR nicht eindeutig ableiten. Dieses versteht nämlich unter „SFK“ einerseits eine Verwaltungskommission, anderseits eine umfassende Filmverwaltungsorganisation, welche sich zur Hauptsache aus einer Verwaltungskommission und einem eidg. Filmamt zusammensetzt.

3. Der Filmverwaltungsorganisation wurden weitgehende Kompetenzen eingeräumt. Die früheren OGR sahen eine Mitwirkung der SFK beim Vollzug eidg. Erlasse sogar ausdrücklich vor, das letzte OGR duldet es stillschweigend.

⁴³) Vgl. OGR Art. 11 Abs. 2.

⁴⁴) Vgl. OGR Art. 11 Abs. 1.

⁴⁵) Vgl. unten S. 153ff.

⁴⁶) Für die Terminologie vgl. auch Volkart S. 108—110.

⁴⁷) Vgl. unten S. 146ff.

⁴⁸) Vom 5. Mai 1942 (AS 58, 434).

c) Die Verfassungsmäßigkeit des Filmkammererlasses

Um die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Filmkammererlasses zu beantworten, ist von der Rechtsnatur der SFK, wie sie sich nach dem Filmkammerbeschluß darstellt, auszugehen. Für diese Betrachtung ist selbstverständlich rechtlich irrelevant, ob sich der Charakter der SFK nachträglich durch Bundesratsbeschlüsse, die sich nicht auf den BB stützen können, änderte. Insbesondere muß man die Delegationsmäßigkeit aller BRB, die nachträglich der SFK staatliche Hoheitsrechte übertrugen, bestreiten. Andernfalls müßte man von vorneherein die Verfassungswidrigkeit des BB feststellen. Jede Verwaltungsorganisation, einschließlich der Kommission, muß, soweit sie Träger staatlicher Hoheitsgewalt ist, d. h. dem Bürger Rechte und Pflichten aufzuerlegen vermag, auf dem Gesetzgebungsweg geschaffen werden⁴⁹⁾. Um die Untersuchung fruchtbar zu gestalten, muß deshalb von der Hypothese ausgegangen werden, daß weder der BB selber Hoheitsrechte verlieh, noch auch nur die Befugnis dazu dem BR delegierte⁵⁰⁾ (ansonst hätte er der Form des Gesetzes oder des allgemein verbindlichen BB bedurft)⁵¹⁾. Auch bei dieser Hypothese sind die BRB'e, welche nachträglich der SFK staatliche Hoheitsrechte übertrugen, verfassungswidrig⁵²⁾. Aber nur bei dieser Voraussetzung kann die verfassungsmäßige Form des SFK-Erlasses noch streitig sein. Das Problem präzisiert sich somit zur folgenden Frage: Welches war die verfassungsmäßige Form des Bundeserlasses zur Schaffung einer Filmverwaltungsorganisation, wie sie sich im obigen Kapitel darstellte⁵³⁾?

Vorfrageweise wollen wir noch die SFK als reine Sachverständigenkommission (bei uns i. e. S.) betrachten. Es stellt sich dann nämlich ein interessantes Problem. In seiner Botschaft⁵⁴⁾, die die SFK als konsultative Verwaltungskommission bezeichnet, führt der BR wörtlich aus: „... endlich (ist) zu bedenken, daß wir gestützt auf Art. 104 BV aus eigener Kompetenz zur Einsetzung einer Filmkammer mit den in unserem Projekt vorgesehenen Funktionen hätten schreiten können, daß es dazu im Grunde genommen also überhaupt keines Bundesbeschlusses bedürfte“. Eine andere Auffas-

⁴⁹⁾ Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 739, Burekhardt, Kommentar S. 665, Volkart S. 21.

⁵⁰⁾ Aus den vorhergehenden Ausführungen ist jedoch ersichtlich, daß auch der gegenteilige Standpunkt mit guten Argumenten eingenommen werden kann. In diesem Falle wäre der BB verfassungswidrig.

⁵¹⁾ Unsere Hypothese deckt sich mit den Ausführungen des BR's in der Filmkammerbotschaft (BBl 1938 I 332), wo ausgeführt ist, „daß mit dem vorgelegten Beschlußentwurf keine Änderung des materiellen Rechtszustandes bezweckt wird“.

⁵²⁾ Vgl. unten S. 153ff.

⁵³⁾ Als Sachverständigenkommission für Filmfragen und neues eidg. Filmamt (wobei nun eine Einräumung obrigkeitlicher Gewalt verneint wird).

⁵⁴⁾ Vgl. BBl 1938 I 332.

sung geht dahin, daß es zur Errichtung einer auf Art. 104 gestützten ständigen eidg. Verwaltungskommission auf jeden Fall eines Parlamentsbeschlusses bedarf⁵⁵⁾. Es wird im folgenden das Verhältnis der ständigen Verwaltungskommissionen zum Art. 104 BV abzuklären sein.

Art. 104 BV ermächtigt den BR und seine Departemente, für besondere Geschäfte Sachkundige beizuziehen. Diese Kompetenz ist aber eine Selbstverständlichkeit⁵⁶⁾. Sie ergibt sich aus der umfangreichen Verwaltungstätigkeit des Bundes und der fortschreitenden Komplizierung der wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Für eine seriöse Verwaltungstätigkeit des BR's besteht heute nicht nur ein Recht, sondern direkt eine Pflicht zur Beiziehung von Sachverständigen. Für gewisse Fragenkomplexe kann außerdem der Beizug mehrerer Experten, an Stelle eines Einzelnen, eine Forderung der Rechtssicherheit sein. Dieses Kollegium bildet dann eine sog. Experten- oder Sachverständigenkommission. Es muß aber ferner schon aus ökonomischen Erwägungen dem Bund ungenommen sein, für Fragen ähnlicher oder gleicher Art immer dieselbe Expertenkommission beizuziehen. Auf diese Weise ergibt sich das Recht zur Bildung ständiger Experten- oder Verwaltungskommissionen aus der pflichtbewußten, ordentlichen Verwaltungstätigkeit des BR's. Dementsprechend beruhen auch zahlreiche ständige Verwaltungskommissionen⁵⁷⁾ auf bloßen BRB⁵⁸⁾. Seltsam ist, daß sich die Bildung ständiger Verwaltungskommissionen des Bundes auf Art. 104 BV zu stützen versucht, der ihnen weder im Wortlaut noch Sinn gerecht wird. Ursprünglich⁵⁹⁾ leitete man denn auch aus dieser Norm nur das Recht auf Zuziehung von Experten ab. Erst allmählich beanspruchte der Bund durch extensive⁶⁰⁾ Verfassungsinterpretation daraus das Recht, auch ständigen Verwaltungskommissionen zu bilden. Die Geschichte dieser Norm zeigt, daß sie im Grunde gar keine Kompetenznorm sein wollte. Ihr eigentlicher Zweck war der Ausschluß von Verwaltungskommissionen der Bvers, im Sinne der früheren Tagsatzungskommissionen⁶¹⁾, d. h. wegleitend für diese Verfassungsbe-

⁵⁵⁾ Vgl. Zellweger S. 219.

⁵⁶⁾ Vgl. Burckhardt, Kommentar S. 744.

⁵⁷⁾ So die Heimatschutzkommission, Kunstkommission usw.

⁵⁸⁾ Etwas anderes ist, daß eine Übertragung obrigkeitlicher Gewalt an solche Kommissionen, um die Erfordernisse eines Rechtsstaates (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) zu erfüllen, nur den Weg der Gesetzgebung nehmen darf.

⁵⁹⁾ Noch 1883, als die Gründung einer schweiz. Gewerbekammer in Frage stand, nahmen BR und Bvers gegen eine solche Auslegung Stellung, mit der Begründung, daß „auch die Subordinierung permanenter, wenn auch bloß konsultativer Organe“ dem Sinne des Art. 104 BV nicht entspreche (Salis I 193).

⁶⁰⁾ Wie extensiv die Auslegung ist, zeigt der Umstand, daß gegenteils schon daran gedacht wurde, Art. 104 BV zur Begründung der verfassungsmäßigen Unzulässigkeit ständiger Verwaltungskommissionen anzurufen. Vgl. Salis I 188.

⁶¹⁾ Vgl. Burckhardt, Kommentar S. 744; Salis, in Reichesberg Hwb I S. 710.

stimmung war das Prinzip der Gewaltentrennung gewesen⁶²). So wenig man Art. 104 BV für die Unzulässigkeit ständiger Verwaltungskommissionen anrufen kann⁶⁰), gerade so wenig lassen sich alle ständige Verwaltungskommissionen auf diesen Artikel stützen⁶³). Eine formelle Anpassung an die heute diesem Artikel verliehene Bedeutung wäre wünschenswerte Aufgabe einer Verfassungsrevision.

Wäre nun die SFK wirklich nur eine beratende, wenn auch ständige Verwaltungskommission des Bundes, so hätte sie m. E. durch bloßen BRB geschaffen werden können. Eine Berufung auf Art. 104 BV wäre überflüssig gewesen, da sich das Recht zur Gründung aus der allgemeinen Verwaltungstätigkeit des BR's hätte ableiten lassen (z. B. die sog. Hauptfunktion der SFK, die Gesetzesvorbereitung und Ausarbeitung aus BV Art. 102 Ziff. 4). Allerdings hätte sich auch dann nicht unbedingt der bloße BRB als Gründungserlaß empfohlen, wäre doch die Existenz dieser Kommission weitgehend von den Budgetberatungen der Bvers abhängig gewesen. Die SFK hätte dadurch viel von ihrer geplanten Bedeutung eingebüßt. Dies war ja auch nach der Botschaft⁶⁴) des BR's ein Hauptgrund, weshalb er vom „Budgetweg“ absah.

Die SFK ist aber nach unseren Ausführungen keine Verwaltungskommission. Wir müssen deshalb auf die Hauptfrage zurückgreifen: Welches wäre die verfassungsmäßige Form⁶⁵) des Filmkammererlasses gewesen?

Als erstes stellt sich die Frage der Gesetzesform. Man könnte versucht sein, das Erfordernis der Gesetzesform für die SFK aus BV Art. 85 Ziff. 1 ableiten zu wollen. Nach allgemeinem Sprachgebrauch werden die Kollegialbehörden des Bundes als Bundesbehörden bezeichnet⁶⁶). Diese Argumentation ist aber nicht stichhaltig, denn in Art. 85 Ziff. 1 BV besitzt der Ausdruck „Bundesbehörden“ eine restriktive Bedeutung. Dies geht allein schon daraus hervor, daß der zweite Abschnitt der BV, welcher die Überschrift „Bundesbehörden“ trägt, nur Bvers, BR, Bundeskanzlei und Bger aufführt⁶⁷).

Würde man die SFK als ein neues Amt im objektiven Sinne⁶⁸) betrach-

⁶²) Vgl. auch Volkart S. 80.

⁶³) Denn der Verfassungsgesetzgeber hatte gar nicht die heutige Entwicklung der Kommissionen vorausgesehen und miterfassen wollen.

⁶⁴) Vgl. BBl 1938 I 336.

⁶⁵) Gesetz, allgemein verbindlicher BB, einfacher BB oder BRB?

⁶⁶) Im Gegensatz zur BV wurden im deutschen Staatsrecht von jeher unter Behörden alle Amtsstellen mit obrigkeitlicher Gewalt verstanden. Vgl. Volkart S. 22/3 und dortige Zitate.

⁶⁷) Vgl. im übrigen Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 458; Burckhardt, Kommentar S. 670.

⁶⁸) Amt im objektiven Sinne = Amtsstelle., Amt im subjektiven Sinne = Beamtenstelle = Beamtung. Der Ausdruck Amt wird sowohl für Amtsstelle

ten, so ließe sich das Erfordernis der Gesetzesform aus der BV ableiten⁶⁹⁾. Für die Charakterisierung der SFK als neue Amtsstelle spricht folgendes:

Der Filmkammerbeschluß übertrug in seiner Zweck- und Aufgabenumschreibung der SFK einen neuen, genau umgrenzten Geschäftskreis (nämlich Ausarbeitung und Vollzug aller das Filmgewerbe betreffenden Erlasse). Die SFK ist auch nicht nur einer anderen Verwaltungsstelle beigefügt (z. B. als beratende Verwaltungskommission), sondern sie ist in personeller und funktioneller Hinsicht vollkommen von der übrigen Verwaltung geschieden. Das Personal der SFK besteht z. T. aus Bundesbeamten. M. E. erfüllt die SFK damit weitgehendst die Erfordernisse einer Amtsstelle⁷⁰⁾.

Die Frage nach dem Amtscharakter der SFK im objektiven Sinne erscheint insofern müßig, als die Praxis alle Organisationsnormen als Verwaltungsakte betrachtet, und die Notwendigkeit der Gesetzesform deshalb nur dort annimmt, wo die BV sie expressis verbis fordert⁷¹⁾. Dies ist aber nur für die Organisation der Bundesbehörden der Fall⁷²⁾.

Dagegen zählt Art. 85 Ziff. 3 BV die Errichtung bleibender Beamtungen zu den Befugnissen der Bvers. Unter Beamtung (Beamtenstelle) versteht die BV nur die Stelle von Bundesbeamten. Somit wäre eine Verwaltungskommission auch kein Amt im subjektiven Sinne. Dagegen trifft dies für die SFK (bzw. SFK-Sekretariat) unbedingt zu. Das Dienstverhältnis seiner Beamten richtet sich nach dem BG über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten⁷³⁾. Ob ein Amt im subjektiven Sinne vorliegt, ist weitgehend aus dem Ämterverzeichnis⁷⁴⁾ ersichtlich, doch kann die Errichtung einer Beamtung nicht von der Aufnahme ins Ämterverzeichnis abhängen, da dieses nur durch BRB, mit bloßer Genehmigung der Bvers, aufgestellt wurde. Dieses Vorgehen widerspricht aber dem klaren Wortlaut des Art. 85 Ziff. 3 BV⁷⁵⁾. Nach Art. 85 Ziff. 3 BV fiel die Errichtung der SFK in den Geschäftskreis der Bvers. M. a. W. hätte ein BRB zur Gründung nicht gereicht, obwohl solch eine Gründung in der Linie der neuesten bundesrätlichen Praxis gelegen hätte, die immer mehr dazu übergeht, durch Fiktion von „provisoralen“ auch für Beamtenstelle (bes. im Beamtengesetz) gebraucht. Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 458ff., 465; Volkart S. 105/6, 173 ff.

⁶⁹⁾ Vgl. Giacometti a. a. O. S. 463, wo eine stillschweigende Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Organisation aller eidg. Ämter aus der Tatsache abgeleitet wird, daß diese notwendiges Mittel zur Ausübung der Funktionen der Bundesbehörden seien. Zum gleichen Resultat gelangt Giacometti auch durch Umkehrschluß aus Art. 85 Ziff. 3 BV. Vgl. a. a. O. S. 463 Anm. 36.

⁷⁰⁾ Vgl. Volkart S. 106.

⁷¹⁾ Vgl. Volkart S. 164.

⁷²⁾ Vgl. BV Art. 85 Ziff. 1.

⁷³⁾ Vom 30. Juni 1927 (AS 43, 439).

⁷⁴⁾ Vgl. BRB vom 7. April 1930 über das Verzeichnis der Ämter, deren Träger die Eigenschaft von Bundesbeamten haben (AS 46, 769).

⁷⁵⁾ Über die Verfassungswidrigkeit des Ämterverzeichnisses vgl. Volkart S. 283, 341.

rischen“ Beamtungen usw., den Art. 85 Ziff. 3 BV zu entwerten. Die Errichtung neuer Beamtungen geschieht heute regelmäßig auf dem Budgetweg⁷⁶⁾.

Wir kommen somit zum Schluß, daß bei der heute herrschenden Diskrepanz zwischen Rechtstheorie und Praxis die Gründung der SFK durch einfachen BB sich vollkommen auf der Ebene der geltenden Praxis bewegt. Es ist nicht der Gründungserlaß der SFK im speziellen, sondern diese Praxis im allgemeinen zu kritisieren.

Diese Ausführungen beanspruchen aber nur Geltung für die Hypothese, daß der BB der SFK weder direkt noch indirekt staatliche Hoheitsrechte verleihen wollte. Es ist dies die reichlich problematische Hypothese, von welcher BR und Bvers bei der Gründung der SFK ausgingen. Es wurde argumentiert, es trete „keine Änderung des materiellen Rechtszustandes ein, weil die das Filmgewerbe betreffenden Erlasse erst ausgearbeitet werden müßten, wofür man ein Fachorgan benötige. Andererseits wurde gleichzeitig geplant, den Vollzug dieser Erlasse der SFK zu übertragen. So sah das OGR „die Mitwirkung (der SFK) beim Vollzug eidg. Erlasse über das Filmwesen“ ausdrücklich vor. M.a.W. sanktionierte der BB von vorneherein eine Übertragung staatlicher Hoheitsrechte an die SFK. Diese Übertragung fand dann ausschließlich durch bloße BRB'e statt, die der SFK weittragende Kompetenzen einräumten⁷⁷⁾. Die Entwicklung der SFK widerlegte so auf das eindrucklichste die These von dem unveränderten materiellen Rechtszustand. Der SFK-Beschluß erweist sich als ein juristisch unglücklich formulierter Kompromiß. Man wollte in erster Linie gar keine Verwaltungskommission schaffen, sondern eine Filmverwaltungsorganisation, mit dem Ziel einer umfassenden Ordnung des Filmgewerbes. Um dieser Filmverwaltungsorganisation die Verfassungsmäßigkeit zu sichern, wurde sie äußerlich einer Verwaltungskommission angeglichen, gleichzeitig sämtliche Kompetenzen dem BR delegiert (inkl. Organisation) und somit alle Möglichkeiten offenbehalten. M.E. erfordert aber eine so weitreichende Delegation, soweit sie überhaupt zulässig erscheint, unbedingt den Gesetzgebungsweg. Ansonst besteht die Gefahr, daß, wie bei der SFK, Organisation, Geschäftskreis und sogar die Verleihung von staatlicher Hoheitsgewalt nur durch BRB'e geregelt werden.

5. Das materielle Filmrecht

Das materielle Filmrecht läßt sich in zwei Gruppen teilen:

- a) Allg. materielle Filmverwaltungsaufgaben, welche sich direkt aus dem BB und dem OGR ergeben. Es ist dies der Aufgabenkreis, welchen die SFK i.e.S. als Verwaltungskommission zu erfüllen hat;
- b) Spezialaufgaben, welche der SFK durch Sondererlasse übertragen werden (Filmkontingentierung).

⁷⁶⁾ Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 466 ff.

⁷⁷⁾ Vgl. unten S. 153 ff.

a) Allg. Aufgaben der SFK i.e.S. als ständige Verwaltungskommission

Ständige Verwaltungskommissionen sind heute, sowohl im Bund als auch in den Kantonen, eine häufige Erscheinung. Sie sind eine Folge der modernen Entwicklung von Wissenschaft und Technik und der mit ihr verbundenen Übertragung von immer neuen und komplizierteren Aufgaben an die Verwaltungsbehörden. Eine Bewältigung dieser Aufgaben setzt in immer höherem Maße besondere Fachkenntnisse voraus, die z. T. dem Berufsbeamtenkörper nicht eigen sind und auch nicht eigen sein können.

In der Bundesverwaltung werden diese Kommissionen meistens den einzelnen Departementsabteilungen beigeordnet. Dort erfüllen sie ihre Aufgaben häufig nicht nur als Experten, sondern besitzen auch konkrete Entscheidungsbefugnisse⁷⁸⁾. Besonders zahlreich sind diese Kommissionen bei der Abteilung I des Departements des Innern, das für die Pflege von Kunst und Wissenschaft zuständig ist⁷⁹⁾. Dies findet seine volle Rechtfertigung in dem Umstand, daß das Gebiet der Kunst in besonders hohem Maße heikel ist, läßt sich doch schon allein der Begriff Kunst schwer definieren. Was ist Kunst? Dieser Entscheid kann unmöglich dem Berufsbeamtenkörper anheimfallen. Wie könnte von jedem Beamten ein Kunstsinn verlangt werden, der sogar manchem Kunstkritiker fehlt. Hier ist es deshalb Aufgabe von wohlgewählten Kunstsachverständigen, in die Lücke zu treten.

Das Filmgewerbe stellt auch in dieser Hinsicht seine besonderen Anforderungen. Es zeigen sich nicht nur politische, technische, wirtschaftliche, sondern auch künstlerische Probleme. Der Staat soll ja nicht nur negativ eingreifen und das Filmgewerbe regeln, er soll es auch positiv fördern. „Förderung des schweizerischen Filmwesens“ wird in Art. 1 Ziff. 2 des OGR ausdrücklich als Aufgabe der SFK festgelegt. Es ist darunter nicht nur eine Förderung des Filmes als Mittel der Kulturpropaganda, sondern auch als Kunstwerk zu verstehen. Gerade auf dem Gebiete der Kunst, in der Unterstützung der Kunst ist der Bund schon seit jeher in hervorragendem Maße tätig⁸⁰⁾. Eine Filmkammer zu gründen, soweit diese die künstlerischen Belange des Films als jüngstes Mittel des künstlerischen Ausdrucks im Auge hat, lag somit in der Linie der Kunst fördernden Tradition des Bundes. So sind außer der SFK auch die eidg. Kunstkommission⁸¹⁾, die eidg. Kom-

⁷⁸⁾ Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 609.

⁷⁹⁾ Vgl. BG über die Organisation der Bundesverwaltung vom 26. März 1914 und das BG betr. Organisation des Eidg. Depart. d. Innern vom 28. Juni 1919.

⁸⁰⁾ Vgl. Ruck, Verwaltungsrecht II, S. 18.

⁸¹⁾ BB zur Förderung und Hebung der Kunst vom 22. Dez. 1887/18. Juni 1898 und die VO über die eidg. Kunstpflege vom 29. Sept. 1924. Art. 2 sieht eine vom BR gewählte neunköpfige Fachkommission zur Prüfung aller Kunstfragen des Bundes in Malerei, Skulptur und Architektur vor.

mission für angewandte Kunst⁸²⁾, die eidg. Kommission für historische Kunstdenkmäler⁸³⁾ dem Departement des Innern zugeordnet⁸⁴⁾.

Eine Förderung des Filmgewerbes ist aber nicht nur auf künstlerischem, sondern auch auf geistigem, kulturellem und politischem Gebiete von nicht minderer Bedeutung. Bei den geistigen Belangen wäre vor allem die Unterstützung des Lehrfilms zu erwähnen. Wenn auch das Schulwesen zur Hauptsache in die Domäne der Kantone fällt (BV Art. 27), so kommt, in Anbetracht der hohen Kosten, eine Förderung des Lehrfilms doch nur für den Bund in Frage. Die Bedeutung des Lehrfilms geht auch weit über das eigentliche Schulwesen hinaus, dient dieser doch der Volksbildung im allgemeinen. Aber auch der Kulturfilm verdient weitere Unterstützung. Er ist das geeignetste Mittel, für ein Land Sympathien zu werben. Viele Staaten haben sich diese Erkenntnis zunutze gemacht und liefern unentgeltlich Kulturfilme an die ausländischen Lichtspieltheater, um so in unaufdringlicher, aber eindrucklicher Weise für ihr Land zu werben. Diese Kulturpropaganda kommt der gesamten Volkswirtschaft eines Landes, insbesondere der Exportwirtschaft und Fremdenindustrie zunutze. In der Schweiz machen nur die Schweiz. Zentrale für Handelsförderung und die Schweiz. Zentrale für Verkehrsförderung, mit finanzieller Unterstützung des Bundes, von diesem Werbemittel Gebrauch.

Die größte Bedeutung kommt aber dem Film auf politischem Gebiete zu. Der Film, besonders die Wochenschau, hat sich heute zu einer Informationsquelle erster Ordnung entwickelt. Es existieren heute in den meisten größeren Städten Wochenschaukinos, die nur der Information dienen. In der schon mehrfach erwähnten Suggestivkraft des Filmes liegt sein Vorteil gegenüber den übrigen Kommunikationsmitteln, wie Zeitung und Radio. Dazu kommt die ungeheure Verbreitung, die ein Film naturgemäß besitzt, werden doch Kopien der bedeutendsten Wochenschaufilmen in einer Großzahl von Ländern gezeigt. Der Film erhält eine Verbreitung, die eine Zeitung nie erreichen kann.

Eine eigene nationale Darstellung kann in Zeiten politischer Auseinandersetzungen zur Lebensnotwendigkeit eines Landes werden. Es muß hier auf die Bedeutung der Schweizerischen Filmwochenschau in den Kriegsjahren hingewiesen werden. Allerdings beschränkte sich in den Kriegsjahren die Intervention des Bundes nicht auf eine bloß fördernde, finanzielle Unterstützung. Zwar wurde die Schweiz. Filmwochenschau in Form einer

⁸²⁾ BB betr. die Förderung und Hebung der angewandten Kunst vom 18. Dez. 1917, 25. Nov. 1919 und 18. Sept. 1933.

⁸³⁾ BB betr. die Beteiligung des Bundes an den Bestrebungen zur Erhaltung und Erwerbung vaterländischer Altertümer vom 30. Juni 1886 und Reglement über die Beteiligung des Bundes an der Erhaltung historischer Kunstdenkmäler vom 9. März 1917.

⁸⁴⁾ Vgl. jährliche Publikation der Verwaltungskommissionen und ihre personelle Zusammensetzung im Staatskalender der Eidgenossenschaft.

privatrechtlichen Stiftung gekleidet, stellte aber in Wirklichkeit eine selbständige öffentliche Anstalt mit Benützungszwang dar. Die Grundlage bildete der Art. 3 des BB vom 30. Aug. 1939 über Maßnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität⁸⁵⁾. Gestützt auf diesen Artikel wurde der BRB über die Herstellung einer Schweizerischen Filmwochenschau und deren Vorführung in den Lichtspieltheatern des Landes vom 12. März 1943⁸⁶⁾ erlassen. Dieser BRB erklärte die Vorführung der Schweiz. Filmwochenschau für die schweiz. Lichtspieltheater obligatorisch und delegierte das Verordnungsrecht an die SFK im engeren Sinne. Diese wurde damit weitgehend auch zur „Legislative“ im Filmgewerbe. Sie setzte mit Beschluß vom 13. Mai 1943 den Gebührentarif für die Schweiz. Filmwochenschau fest, während die Festsetzung des Abspielplans (mit Ermächtigung der Vollversammlung) dem Büro zufiel. Die SFK wurde sogar zur obersten Exekutivbehörde. Sie hatte nicht nur darüber zu wachen, daß die Filmwochenschau vorgeführt und bezahlt wurde, sondern gegen ihre Entscheide war eine Beschwerde an das Departement des Innern oder den BR ausgeschlossen. Es stand nur die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bger offen. (Es zeigt dies, welche weitreichende Kompetenzen der SFK i.e.S. zeitweise eingeräumt wurden.) Durch den BB betr. die Aufhebung des BB über die Herstellung einer schweiz. Filmwochenschau und deren Vorführung in den Lichtspieltheatern des Landes vom 23. Okt. 1945⁸⁷⁾ wurden diese außerordentlichen Kompetenzen der SFK wieder entzogen. Heute stellt die Schweiz. Filmwochenschau eine, vom Bund subventionierte, privatrechtliche Stiftung dar.

Diese Förderung von Kunst, Wissenschaft, Kultur und der geistigen Landesverteidigung durch Subventionen, zu deren Fundierung ein einfacher BB genügt, wurde auch im Filmkammererlaß miteingefügt. Sie erfordert, um einer Verschleuderung der Bundesmittel vorzubeugen, eine sachgemäße Verteilung der Subventionen. Diese erscheint weitgehend nur durch eine, mit den nötigen Kenntnissen versehene Sachverständigenkommission garantiert.

Aber auch die in der Filmkammerbotschaft gewissermaßen als Hauptaufgabe hervorgehobene Vorbereitung und Ausarbeitung einer Filmgesetzgebung erfordert ein mit den Filmfragen vertrautes Fachorgan. Nach Art. 102 Ziff. 4 BV besitzt der BR ein Gesetzesinitiativrecht. Dieses umfaßt auch das Recht zur Ausarbeitung und Vorbereitung der vorgeschlagenen Gesetze und Beschlüsse. Naturgemäß schließt das aber auch das Recht des BR's in sich, die geeigneten Organe mit dieser Gesetzesausarbeitung zu betrauen.

⁸⁵⁾ AS 55, 769.

⁸⁶⁾ AS 59, 208.

⁸⁷⁾ AS 61, 903.

Weitere typische Aufgaben einer Sachverständigenkommission für Filmfragen sind ferner: die gutachtliche Stellungnahme zu allen Fragen des Filmwesens, mit denen eidg. Amtsstellen sich zu befassen haben, und die Einreichung von Vorschlägen über die Ergreifung von Maßnahmen zur Ordnung und Förderung des schweiz. Filmwesens⁸⁸).

b) Die Filmkontingentierung

α) Die Delegationsnorm

Die Kontingentierung bildet im Filmwesen zweifellos den tiefsten Eingriff in die HGF. Sie stellt einerseits selber eine Bedürfnisklausel für den Filmverleih dar und läßt anderseits die verbandsrechtliche Bedürfnisklausel für das Lichtspieltheatergewerbe in gewisser Hinsicht berechtigt erscheinen, denn andernfalls wäre die Position des Filmverleihs unverhältnismäßig stärker als diejenige des Lichtspieltheatergewerbes. Dies könnte leicht Anlaß zu Mißbräuchen dieser Vormachtstellung (Preisdiktate etc.) bieten. Es ist nachgerade eine Erfahrungstatsache, daß staatliche Maßnahmen, wie insbesondere Kontingentierungen, z.T. direkte Voraussetzung, z.T. mindestens eine Förderung der Kartellbildung bedeuten⁸⁹).

Die Filmkontingentierung beruht auf dem unstrittenen BB von 1933 über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland (BB 1933)⁹⁰). Seine Begründung fand der BB 1933 in der damaligen Krisenzeit (Verschlechterung der Handelsbilanz: Rückgang des Exports + Zunahme des Imports = Arbeitslosigkeit). Diese Situation ist festgehalten in der Botschaft des BR's vom 14. Dez. 1931 betr. die Beschränkung der Wareneinfuhr⁹¹). Es kam so am 23. Dez. 1931 zum ersten dringlichen BB über die Beschränkung der Einfuhr⁹²), welcher dann durch die neue, allgemeinere Fassung des gleichfalls dringlichen BB 1933 ersetzt wurde⁹³). Dieser BB wurde hierauf periodisch⁹⁴), zuerst auf dem Wege der Dringlicherklärung,

⁸⁸) Vgl. OGR Art. 1 Abs. 2.

⁸⁹) Vgl. auch „Kartelle“ in Wb der Volkswirtschaft S. 535.

⁹⁰) Vgl. AS 49, 811.

⁹¹) Vgl. BBl 1931 II 804ff. Gemäß dieser Botschaft (S. 809) sollte die Vorlage sich auf den Schlußsatz des Art. 29 BV stützen: „Dem Bunde bleibt immerhin das Recht vorbehalten, unter außerordentlichen Umständen, in Abweichung von vorstehenden Bestimmungen, vorübergehend besondere Maßnahmen zu treffen“.

⁹²) Vgl. AS 47, 785.

⁹³) Der Hauptgrund der Neufassung ist darin zu erblicken, daß der BR nicht nur zu Einfuhrbeschränkungen, sondern auch zu anderen wirtschaftlichen Maßnahmen, wie insbesondere zu Beschränkungen des Zahlungsverkehrs, ermächtigt sein sollte. Allerdings leitete der BR diese Ermächtigung schon in unstatthafter Weise aus dem BB 1931 ab. Vgl. Haussener S. 23/4.

⁹⁴) Vgl. AS 51, 792; 53, 1038; 55, 1282; 58, 918; 61, 497; 64, 786.

verlängert und dann 1939 und 1945 dem Referendum unterstellt. Durch BB vom 17. Juni 1948⁹⁵⁾ wurde er in seiner Geltung bis Ende 1951 erstreckt.

Die Verfassungsmäßigkeit des BB 1933 ist umstritten⁹⁶⁾. Eine Untersuchung der einzelnen Streitfragen würde jedoch zu weit führen und kann im übrigen auch deshalb unterbleiben, weil die Filmkontingentierung sich von vorneherein zu Unrecht auf diesen BB stützt.

Der sich auf die Zollartikel stützende BB über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland hat eindeutig an den BR nur die Kompetenz zum Erlaß von Vorschriften, die mit dem Außenhandel in einer Beziehung stehen, delegiert. Dennoch wurden auch rein binnenwirtschaftliche Maßnahmen getroffen⁹⁷⁾.

Aber auch BRBe über die Beschränkung der Einfuhr stützen sich z.T., da sie nicht handelspolitisch bedingt sind, zu Unrecht auf den BB 1933⁹⁸⁾. Hierunter gehört eindeutig der BRB Nr. 54, welcher die Einfuhr von Filmen regelt⁹⁹⁾.

β) Die Delegationsmäßigkeit des BRB über die Beschränkung der Einfuhr von Filmen

Am 26. Sept. 1938 (genau fünf Monate nach der Gründung der Filmkammer!) erließ der BR auf Grund des BB 1933 als vierundfünfzigsten BRB über die Beschränkung der Einfuhr, Maßnahmen für die Einfuhr beliebiger kinematographischer Filme¹⁰⁰⁾. Die Einfuhr wurde von einer besonderen Bewilligung abhängig gemacht, die nur unter bestimmten Bedingungen erteilt wird (Zuteilung eines Individualkontingents).

Betrachtet man den Zweck dieser Maßnahme, wie er sich aus den ver-

⁹⁵⁾ Vgl. AS 64, 786; dazu Botschaft des BR's, BBl 1948 I 713ff.

⁹⁶⁾ Vgl. Huber BB 1933, in WuR I/S.203ff., Haussener, Die rechtlichen Grundlagen der wirtschaftlichen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, in WuR I/S. 22ff., Giacometti, Außenhandel und HGF, in Festgabe Nawiasky, S. 17ff., Kaufmann, Die revidierten Wirtschaftsartikel, in Festgabe Nawiasky, S. 38ff.

⁹⁷⁾ Vgl. rein binnenwirtschaftliche Maßnahmen in der Uhrenindustrie: BRB zum Schutze der schweiz. Uhrenindustrie, AS 64, 1266 (ferner AS 61, 1126; 64, 1265), aber auch für Maschinenstickerei AS 63, 33; 64, 1264.

⁹⁸⁾ Vgl. Giacometti a.a.O. S. 23 Anm. 2: „Art. 28 BV bildet hingegen selbstverständlich nicht die verfassungsrechtliche Grundlage für Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen und Einfuhr- und Ausfuhrverbote, sowie für Einfuhr- und Ausfuhrbewilligungen, die binnenwirtschaftlich oder kriegswirtschaftlich, nicht handelspolitisch bedingt sind“.

⁹⁹⁾ BRB Nr. 54: AS 54, 686, dazu BBl 1939 I 321ff. Häufig werden unter dem Deckmantel „handelspolitischer Maßnahmen“ rein binnenwirtschaftliche Einschränkungen getroffen. Die Kontingentierung dient der Einführung einer verkappten Bedürfnisklausel, wie dies die Beispiele der Tabakkontingentierung und der Filmkontingentierung eindrucklich zeigen. (Zur Frage der Tabakkontingentierung vgl. Hans Herold, Altersversicherung, Tabak, Gewerbefreiheit, in NZZ Nr. 2486 vom 30. Nov. 1949.)

¹⁰⁰⁾ Vgl. AS 54, 686.

schiedenen Materialien zum BRB Nr. 54 ergibt, so erweist sich eine offenkundige Diskrepanz zwischen diesem und dem BB 1933.

Der BB 1933 will eine typische Krisenmaßnahme sein, „zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, zum Schutze der nationalen Produktion, soweit diese in ihren Lebensbedingungen bedroht ist, . . . , sowie zur Förderung des Exportes und im Interesse der schweizerischen Zahlungsbilanz. . . “. (Diese Zielsetzung war im Prinzip fortdauernd die gleiche, sowohl 1931, 1933, wie auch bei der letzten Neufassung des Art. 1 im Jahre 1939.)

Betrachtet man demgegenüber den Zweck der Filmkontingentierung, so erkennt man leicht, daß derselbe ein rein filmpolitischer ist. Auch die Materialien lassen hierüber keinen Zweifel offen. So kommt dies deutlich im Bericht des BR's an die Bvers zur Filmkontingentierung zum Ausdruck: „der BRB bezweckt in erster Linie die Einrichtung einer genauer und zuverlässig funktionierenden Kontrolle über die Filmeinfuhr als unentbehrliche Grundlage für eine sachgemäße Behandlung filmpolitischer Probleme“. . . . Als Grundlage für „eine baldige Regelung der Filmfragen aus nationalen, wirtschaftlichen und ethischen Gründen. . . “¹⁰¹⁾. Noch deutlicher tritt dieser Charakter der Einfuhrbeschränkung in der Botschaft des BR's vom 13. Juli 1937 hervor: „Nachdem der Film zu einem der wirksamsten Mittel geistiger und politischer Beeinflussung der Massen geworden ist, drängt sich die Schaffung einer Kontrolle der Filmeinfuhr für ein völlig von der ausländischen Filmproduktion abhängiges Land geradezu auf. Diese Kontrolle ist um so notwendiger, als die Filmtechnik für die filmische Propaganda Aufführungsmöglichkeiten geschaffen hat (Schmalfilmwesen), die eine Kontrolle im Moment oder gar nach der Aufführung außerordentlich erschweren. Die Abwehr unwillkommener Einflüsse aus dem Ausland kann nur durch eine Einfuhrkontrolle wirksam gestaltet werden“¹⁰²⁾.

Schließlich muß auch noch darauf hingewiesen werden, daß der Vollzug der Filmkontingentierung an das Sekretariat der SFK überwiesen wurde, und daß die Botschaft¹⁰³⁾ beim Aufgabenkreis der SFK expressis verbis die Einfuhrkontrolle für Filme nach kulturellen, politischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorsieht.

Die Delegationsmäßigkeit des BRB über die Einfuhr von Filmen muß deshalb verneint werden. Selbst ein so grundsätzlicher Verteidiger des BB 1933 und der auf diesen beruhenden Einfuhrbeschränkungen wie Haussener¹⁰⁴⁾ betrachtet den BRB Nr. 54 über die Beschränkung der Einfuhr als „Ausnahme“ und als nicht im Einklang mit der Delegationsnorm stehend.

Es existiert überhaupt keine Verfassungsnorm, auf die sich die Filmkontingentierung zu Recht stützen könnte.

¹⁰¹⁾ Vgl. BBl 1939 I 321 ff.

¹⁰²⁾ Vgl. BBl 1937 II 487.

¹⁰³⁾ Vgl. BBl 1937 II 513.

¹⁰⁴⁾ Vgl. Haussener, Die rechtlichen Grundlagen der wirtschaftlichen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, in WuR I/22 ff., S. 41 Anm. 2.

γ) Der Inhalt der Filmkontingentierung

Über den Inhalt der Filmkontingentierung geben folgende drei Erlasse Auskunft:

1. Der BRB Nr. 54 über die Beschränkung der Einfuhr vom 26. Sept. 1938¹⁰⁵). (Im folgenden zitiert: BRB.)
2. Die Verfügung des Eidgenössischen Departements des Innern über die Einfuhr kinematographischer Filme vom 26. Sept. 1938¹⁰⁶),

im Zusammenhang mit:

Der Verfügung des Eidgenössischen Departements des Innern betr. die Abänderung der Verfügung vom 26. Sept. 1938 über die Einfuhr kinematographischer Filme vom 18. April 1940¹⁰⁷) (die sub b genannten Verfügungen werden im folgenden zitiert: Vfg. I),

3. Die Verfügung des Departements des Innern über die Festsetzung von Individualkontingenten für die Einfuhr von Spielfilmen vom 28. April 1948. (Diese ersetzt die Verfügung gleichen Titels vom 7. Juli 1939)¹⁰⁸) (zitiert: Vfg. II.)

Auf Grund des BRB wurden zwei Maßnahmen getroffen:

- aa) Auf Grund des Art. 1 BRB wurden durch Vfg. I sämtliche Filme¹⁰⁹) einer Einfuhrbewilligung unterworfen.
- bb) Auf Grund des Art. 2 BRB wurde durch Vfg. II die Einführung der Hauptkategorie von Filmen (die sog. Spielfilme) ausschließlich Kontingentberechtigten vorbehalten.

aa) Die Einfuhr sämtlicher belichteter kinematographischer Filme, und zwar Positive und Negative, ist nur mit besonderer Bewilligung des Sekretariats der SFK zulässig¹¹⁰).

Von dieser Bewilligungspflicht waren bis 1940 die Amateurfilme befreit. Art. 1 Abs. 2 BRB ermächtigt das Departement des Innern, für die Einfuhr von Amateurfilmen allgemein die Befreiung von der Bewilligungspflicht nach Abs. 1 zu verfügen. Art. 1 der Vfg. I in der Fassung vom 26. Sept. 1938 machte von dieser Ermächtigung Gebrauch und entzog die Amateurfilme der Einfuhrbewilligung. Durch die Abänderung der Vfg. I vom 18. April 1940 wurde der Art. 1 aufgehoben und auch die Amateurfilme, d. h. „nichtgewerbsmäßig hergestellte Filme im Schmalformat, die

¹⁰⁵) Vgl. AS 54, 686.

¹⁰⁶) Vgl. AS 54, 689.

¹⁰⁷) Vgl. AS 56, 395.

¹⁰⁸) Beide nicht veröffentlicht.

¹⁰⁹) Auch die sub bb) genannten.

¹¹⁰) Vgl. BRB Art. 1 und Art. 4 und Vfg. I Art. 3.

ausschließlich zur Vorführung in privatem Kreise und zu privaten Zwecken bestimmt sind¹¹¹⁾, der Einfuhrbewilligung der SFK unterstellt.

Die Gesuche zur Einfuhrbewilligung müssen vom Empfänger der Ware (Käufer des Films, Erwerber von Lizenzrechten usw.) auf besonderem amtlichen Formular in doppelter Ausfertigung (dreifacher Ausfertigung bei Einfuhr aus Ländern mit clearinggebundenem Zahlungsverkehr)¹¹²⁾ an das Sekretariat der SFK gerichtet werden, und zwar ist für jeden Film und für jede Fassung eines Filmes (Originalfassung, fremdsprachige Version, nachsynchronisierte Fassung, mit Untertitel versehene Fassung) ein besonderes Gesuch einzureichen.

Jedem Einfuhrgesuch muß eine klare Inhaltsangabe des Filmes beigelegt werden. Außerdem ist das Sekretariat befugt, die Vorlage eines Ursprungszeugnisses und weitere zusätzliche Angaben zu verlangen.

Für die gewerbsmäßige Einfuhr muß dem ersten Gesuch ein Handelsregistrauszug beigelegt werden, für die nichtgewerbsmäßige Einfuhr ist der Zweck, zu dem der Film eingeführt werden soll, anzugeben¹¹³⁾.

Die Einfuhrbewilligungen sind nicht übertragbar¹¹⁴⁾ und haben eine Gültigkeitsdauer von drei Monaten¹¹⁵⁾. Eine Sonderregelung besteht für Wochenschaufilme, für welche jeweils eine Bewilligung zur wöchentlichen Einfuhr einer Ausgabe der betreffenden Wochenschau auf die Dauer von einem Vierteljahr ausgestellt wird¹¹⁶⁾.

Für die Erteilung der Einfuhrbewilligung wird eine Gebühr von Fr. 5.50 per kg Nettogewicht (Filmstreifen samt Spule, Papierumhüllung und passende Blechschachtel) erhoben¹¹⁷⁾. Dazu kommt noch die Warenumsatzsteuer und die Zollgebühr auf das Bruttogewicht, so daß die Totalbelastung Fr. 8.50 beträgt (das macht eine Durchschnittsbelastung von Fr. 150.— pro Spielfilm¹¹⁸⁾).

Die Befugnis zur Erteilung der Einfuhrbewilligung und zur Durchführung von Untersuchungen¹¹⁹⁾, ob den Bestimmungen des BRB und den dazugehörigen Ausführungsvorschriften auch Folge geleistet wird, obliegt dem Sekretariat der SFK¹²⁰⁾. Zuwiderhandlungen, unrichtige oder unvoll-

¹¹¹⁾ Vgl. Art. 1 Vfg. I (AS 54, 689).

¹¹²⁾ Vgl. Art. 6 Vfg. I.

¹¹³⁾ Vgl. Art. 5 Vfg. I.

¹¹⁴⁾ Vgl. Art. 10 Vfg. I.

¹¹⁵⁾ Vgl. Art. 11 Vfg. I.

¹¹⁶⁾ Vgl. Art. 9 Vfg. I.

¹¹⁷⁾ Vgl. Art. 13 Vfg. I.

¹¹⁸⁾ Vgl. Vorbericht des Sekretariats der SFK über ein BG auf dem Gebiete des Filmwesens (unveröffentlicht) S. 51. 100 m Filmlänge besitzt ein Filmgewicht von 670 g und eine Vorfuhrdauer von 3 Minuten 40 Sekunden. (Vgl. Jahrbuch der Schw. Filmindustrie 1949 S. 15.)

¹¹⁹⁾ Auch Stichproben an der Grenze (Art. 18 Vfg. I).

¹²⁰⁾ Vgl. Art. 3 und 4 BRB; Art. 3 Vfg. I.

ständige Angaben, Hinderung einer Untersuchung, werden mit Buße bis zu zehntausend Franken oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft. Die beiden Strafen können auch verbunden werden. (Für bloß fahrlässige Handlung beträgt die Buße bis fünftausend Franken)¹²¹⁾. Außerdem kann vorsätzliche Zuwiderhandlung Ausschluß von der Erteilung von Einfuhrbewilligungen für belichtete kinematographische Filme zur Folge haben¹²²⁾.

bb) Die Einfuhr von Spielfilmen (im Normal- und Schmalformat)¹²³⁾ ist im Prinzip überhaupt untersagt. Ausgenommen von diesem Verbot sind einzig die Kontingentberechtigten nach Maßgabe ihres Individualkontingents¹²⁴⁾. Als Spielfilm gilt ein Film mit zusammenhängender und selbständiger Spielhandlung (auch Revue, Ballett u. dgl.), sofern der Film eine Länge von mindestens 1100 m im Normalformat¹²⁵⁾ oder mindestens 460 m im 16 mm Schmalformat aufweist¹²⁶⁾.

Unter Normalformat (Normalfilm, Normalspielfilm) ist ein Spielfilm von 35 mm Breite verstanden, unter Schmalformat (Schmalfilm, Schmalspielfilm) einer von geringerer als 35 mm Breite¹²⁷⁾.

Anspruch auf die Erteilung eines ordentlichen Kontingents im Normal- und im Schmalformat hat der Importeur, der im Jahre 1938 mindestens drei Spielfilme im Normalformat eingeführt hat¹²⁸⁾. Allerdings können in besonderen Fällen außerordentliche Kontingente in den beiden kontingentierten Formaten auch ohne Spielfilmimport im Stichtag 1938 eingeräumt werden¹²⁹⁾. Für diese außerordentlichen Kontingente ist in erster Linie das Interesse an der normalen Entwicklung und an der Neugründung unabhängiger schweizerischer Filmverleiher maßgebend¹³⁰⁾.

Das ordentliche Jahreskontingent im Normalformat beträgt mindestens die Hälfte und höchstens $\frac{7}{10}$ der vom Kontingentberechtigten in der Zeit vom 1. Januar 1935 bis 31. Dezember 1938 pro Jahr durchschnittlich eingeführten Normalspielfilmeinheiten¹³¹⁾. Die Höhe des ordentlichen Kon-

¹²¹⁾ Vgl. Art. 6 BRB.

¹²²⁾ Vgl. Art. 7 BRB.

¹²³⁾ In der Fassung der Vfg. II vom 7. Juli 1939 war der Schmalfilm noch nicht der Kontingentierung unterworfen.

¹²⁴⁾ Vgl. BRB Art. 2.

¹²⁵⁾ Ein Film von 1100 m Länge im Normalformat besitzt ein Vorführdauer von 40 Minuten.

¹²⁶⁾ Vgl. Art. 2 Vfg. I.

¹²⁷⁾ Vgl. Art. 16 Ziff. 4 und 3 Vfg. II.

¹²⁸⁾ Vgl. Art. 4. Vfg. II.

¹²⁹⁾ Vgl. Art. 5 Vfg. II.

¹³⁰⁾ Vgl. Art. 8 Vfg. II.

¹³¹⁾ Unter Spielfilmeinheit ist das Spielfilmsujet ohne Rücksicht auf eine allfällige Mehrheit von Fassungen (Versionen) zu verstehen, wobei unterschieden wird zwischen Spielfilmeinheit im Normal- und Schmalformat.

tingents im Schmalformat steht in einem bestimmten, jährlich festzusetzenden prozentualen Verhältnis zur Kontingentshöhe im Normalformat¹³²⁾.

Kontingentsübertragungen von einem Verleihbetrieb auf den anderen bedürfen einer schriftlichen Bewilligung¹³³⁾. Die nachträgliche Ausnützung von Kontingenten früherer Kontingentierungsperioden oder der Vorbezug von Kontingenten späterer Kontingentierungsperioden ist nicht zulässig¹³⁴⁾. Die Kontingentierungsperioden umfassen ein Kontingentsjahr (vom 1. Juni bis 31. Mai). Die Erteilung eines Kontingents erfolgt nur auf schriftlich beim Sekretariat der SFK¹³⁵⁾ eingereichtes Gesuch hin¹³⁶⁾, wobei dieses Gesuch für beide kontingentierten Formate getrennt jedes Jahr bis spätestens zum 31. März des Kontingentsvorjahres einzureichen ist¹³⁷⁾.

Von der Kontingentierung gibt es drei absolute Ausnahmen. Es unterliegen ihr nicht:

1. die Wiedereinfuhr von in der Schweiz hergestellten Spielfilmen.
2. die Wiedereinfuhr von Spielfilmen, die im Rahmen eines Kontingents schon einmal in die Schweiz eingeführt, in der Folge jedoch aus zwingenden Gründen zum Zweck der Bearbeitung wieder ausgeführt worden sind,
3. Spielfilme, die lediglich zur technischen Bearbeitung in die Schweiz gelangen und wieder ausgeführt werden¹³⁸⁾.

Außerdem kann eine Ausnahme zur kontingentfreien Einfuhr von Spielfilmen auf begründetes Gesuch hin und unter bestimmten Voraussetzungen den Organisationen und Institutionen, die kulturellen, insbesondere gemeinnützigen und erzieherischen Zwecken dienen, bewilligt werden¹³⁹⁾.

Diese summarische Übersicht über die einschlägigen Bestimmungen der Einfuhrbeschränkung im Filmgewerbe zeigt, daß es sich hierbei nicht um eine sogenannte Krisenmaßnahme handelt. Denn effektiv ist nicht ersichtlich, wer durch diese Bestimmungen geschützt werden sollte.

¹³²⁾ Eine andere Kontingentsbemessung erfolgt, nach Richtlinien des Sekretariats der SFK, in bezug auf italienisch gesprochene Spielfilme, die nur im Tessin und in den italienischsprechenden Gemeinden Graubündens zur Vorführung gelangen. (Vgl. Art. 9 Vfg. II.) (Für das Gebiet des Fürstentums Liechtenstein ist in Art. 15 eine Sonderregelung vorbehalten.)

¹³³⁾ Vgl. Art. 10 Vfg. II.

¹³⁴⁾ Vgl. Art. 11 Vfg. II.

¹³⁵⁾ Mit der Durchführung der Kontingentierung ist gemäß Art. 17 der Vfg. II das Sekretariat der SFK betraut.

¹³⁶⁾ Nicht zu verwechseln mit dem *Einfuhrbewilligungsgesuch* sub aa). Die Erteilung eines Kontingents entbindet nicht von der Pflicht, nachher noch für jeden einzelnen Film ein Einfuhrgesuch zu stellen.

¹³⁷⁾ Vgl. Art. 6 Vfg. II.

¹³⁸⁾ Vgl. Art. 2 Vfg. II.

¹³⁹⁾ Vgl. Art. 3 Vfg. II.

B. Das eidg. Filmrecht *de lege ferenda*¹⁴⁰⁾

1. *Übersicht der bisherigen Filmgesetzgebungsarbeiten*

Diese Übersicht bildet die Fortsetzung unserer der Betrachtung des eidg. Filmrechts vorangestellten Filmrechtsgeschichte¹⁴¹⁾ und zeigt chronologisch die Vorarbeiten der SFK zur Filmgesetzgebung.

Schon zwei Tage bevor der Filmkammerbeschluß zustandekam, reichte NR Meile¹⁴²⁾ folgendes Postulat ein: „Der BR wird eingeladen, durch die SFK so bald wie möglich die Frage abklären zu lassen, ob ein Rahmengesetz über das Filmwesen geschaffen werden soll. Auf Grund dieser Vorarbeiten soll vom BR geprüft werden, ob nicht den eidg. Räten eine Gesetzesvorlage über das Filmwesen unterbreitet werden soll. Eine baldige Regelung der Filmfragen ist aus nationalen, wirtschaftlichen und ethischen Gründen notwendig“.

Bei der Konstituierung der Filmkammer im Herbst 1938 wurde denn auch ein Gesetzgebungsausschuß gebildet, welcher sich mit der Frage der Schaffung eines eidg. Filmgesetzes zu beschäftigen hatte. Diese Kommission war der Auffassung, daß man vorerst versuchen sollte, das Filmgewerbe durch Spezialerlasse zu regeln. Später ließe sich dann, auf eine mehrjährige Erfahrung in der Handhabung dieser Erlasse, das eigentliche Filmgesetz aufbauen.

Als einer der dringlichsten derartigen Erlasse wurde die Einführung der Bedürfnisklausel für das Lichtspieltheatergewerbe in den Vordergrund gestellt. Zwei Umstände verzögerten die Arbeit:

1. Die Mobilisation von 1939 und die damit zusammenhängende allgemeine Unsicherheit,

2. der Vorschlag des StR's, in den Entwurf zu den neuen Wirtschaftsartikeln auch für das Lichtspieltheatergewerbe die kantonale Bedürfnisklausel aufzunehmen.

Dieser Vorschlag widersprach den Plänen des Filmgesetzgebungsausschusses. Dieser wollte vorerst die Bewilligungspflicht nur als vorübergehende Staatsschutzmaßnahme auf Grund der Vollmachten eingeführt wissen und die gewerbepolitischen Fragen beiseite lassen. Es sollten erst Erfahrungen für die spätere Ausarbeitung eines auch die gewerbepolitischen Aspekte erfassenden Filmgesetzes gesammelt werden. Der Gedanke war ja, daß alle Einzelerlasse vorerst dazu dienen sollten, Erfahrungen

¹⁴⁰⁾ Zusammengestellt nach dem Vorbericht und Bericht des Sekretariats der SFK an das Eidg. Departement des Innern vom 30. April 1945 und Juli 1948 (unveröffentlicht).

¹⁴¹⁾ Vgl. oben S. 128ff.

¹⁴²⁾ Am 26. April 1938. Dieses Postulat fand im Parlament bis in die neueste Zeit seine Nachläufer, vgl. Postulat von NR Frei (Zch.) für eine eidg. Filmgesetzgebung, vom 28. Sept. 1950.

zu sammeln, um später zweckmäßig in eine umfassende Filmgesetzgebung eingebaut zu werden. Aus diesem Grunde mußte auch die verfassungsrechtliche Seite der Filmgesetzgebung als Einheit behandelt werden. Eine Verfassungsnorm für eine Teilfrage aufzustellen, gefährdete die gesamte Filmgesetzgebung. Ihr wäre durch die Vorwegnahme einer der dringlichsten Fragen ein Teil ihrer Dringlichkeit genommen worden. Außerdem wurde es angesichts der tatsächlichen Verhältnisse auf dem Gebiete des Filmgewerbes als unzweckmäßig empfunden, den Kantonen eine Gesetzgebungskompetenz vorzubehalten, da diese gar nicht in der Lage wären, eine zweckmäßige Sonderregelung zu treffen. Das Filmgewerbe stelle eine Einheit dar, welche auch eine einheitliche Regelung verlange¹⁴³). Aus diesen Gründen wurde denn auch das Lichtspieltheatergewerbe aus den neuen Wirtschaftsartikeln gestrichen. Statt dieser Streichung wäre auch eine Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz von den Kantonen an den Bund, eventuell unter gleichzeitiger Ausdehnung auf das gesamte Filmgewerbe, denkbar gewesen. (Allerdings wäre dies m. E. über den Rahmen der Verfassungsrevision hinausgegangen.)

Unterdessen war für die Dauer der Kriegsjahre eine strenge militärische Filmzensur eingeführt worden und man hoffte durch sie wertvolles Material für die künftige Filmgesetzgebung zu erlangen.

Am 29. April 1941 wurde der erste Entwurf zu einem BG betr. die Bewilligungspflicht für das Filmgewerbe von der SFK verabschiedet. Leider hatte man zu sehr versucht, die divergierenden Interessen der Verbände in einem Projekt zu vereinigen, was zur Folge hatte, daß das Departement des Innern den „juristisch und materiell unglücklichen Entwurf“ an die SFK zurückwies.

Hierauf wurde am 14. Jan. 1943 dem Departement des Innern von der SFK eine zweite Vorlage unterbreitet. Diese sah vor, die Bewilligungspflicht für das Lichtspieltheatergewerbe auf Grund der Vollmachten einzuführen. Das Departement trat aber nicht auf die Vorlage ein, weil es der Auffassung war: „... daß, solange die bestehenden Verträge zwischen Verleihern und Kinobesitzern gut funktionieren, wir es nicht nötig haben, auf dem Wege der Vollmachten die Bewilligungspflicht einzuführen“¹⁴⁴).

Darauf beschloß die SFK in der Plenarsitzung vom 28. März 1944, folgenden Antrag zu stellen:

„Die SFK erachtet den Erlaß eines Grundgesetzes auf dem Gebiet des Filmwesens als notwendig und dringend“.

„Sie beantragt dem Eidg. Departement des Innern, die SFK mit dem Studium und womöglich mit der Vorbereitung eines Gesetzesentwurfes, unter Berücksichtigung der bereits eingereichten Projekte dringlicher Bundesbeschlüsse, zu beauftragen“¹⁴⁵).

¹⁴³) Vgl. StenB NR 1945 S. 255 ff.

¹⁴⁴) Äußerungen von BR Etter im StR am 21. Sept. 1943, zit. VB-SFK S. 23.

¹⁴⁵) Zit. B-SFK S. 5.

Dieser Auftrag wurde mit Schreiben vom 1. Juni 1944 erteilt. Auf Ersuchen der SFK erstellte das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement ein Gutachten über die verfassungsmäßigen Grundlagen einer Bewilligungspflicht für alle Sparten des Filmgewerbes. Das Gutachten kam zum Schluß, daß Art. 31 bis BV die Verfassungsgrundlage für solch eine Bewilligungspflicht bilden könne¹⁴⁶⁾.

Jetzt wurde der dritte Entwurf ausgearbeitet. Dieser sah auf Vorschlag der filmwirtschaftlichen Verbände¹⁴⁷⁾ die sog. subsidiäre Bedürfnisklausel vor, d. h. die staatliche Bedürfnisklausel sollte nur geltend gemacht werden können, wenn diejenige der Verbände nicht mehr funktioniere.

Dieser Entwurf kam schließlich nach einigen Durchberatungen als sog. 4. Lesung vor die Plenarversammlung der SFK. Diese lehnte jedoch eine Weiterarbeit an dem Entwurf für die Bewilligungspflicht ab.

Um diesen Entscheid zu verstehen, muß man von dem schon als „klassisch“ bezeichneten Katalog der nach dem Wunsch der verschiedenen Kultur- und Fachverbände in einer kommenden Filmgesetzgebung zu erfüllenden Postulate ausgehen. Dieser sieht vor¹⁴⁸⁾:

- a) Bewilligungspflicht mit Bedürfnisklausel für alle Sparten des Filmwesens.
- b) Schutz und Förderung des inländischen Filmwesens in den Beziehungen zum Ausland in wirtschaftlicher, kultureller und politischer Hinsicht.
- c) Privatrechtlicher Schutz des Filmschaffens, u. a. Projektschutz.
- d) Sicherung des freien wirtschaftlichen Verkehrs, insbesondere gegenüber Blind- und Blockbuchung, ungesunden Monopoltendenzen und patentrechtlichem Lizenzzwang.
- e) Schutz vor wirtschaftlicher Überfremdung.
- f) Berufliche Ausbildung der Filmschaffenden.
- g) Förderung der Produktion, insbesondere von Kultur- und Wochenschaufilmen.
- h) Einsatz des Films als Mittel der Volksbildung in Schule, Leben und Staat.
- i) Bekämpfung von Schund und Schmutz durch einschränkende, aber auch durch fördernde Maßnahmen (Zensur, Auszeichnung etc.).
- k) Förderung der filmkulturellen Bestrebungen.
- l) Lösung der Schmalfilmfrage.
- m) Schaffung eines schweizerischen Filmfonds.
- n) Bestimmung über die staatlichen Beiträge zur Förderung der Produktion.

Es sind dies zum großen Teil kulturpolitische Postulate und andere, zu deren Erfüllung eine verfassungsmäßige Grundlage fehlt. Es zeigte sich nun die Befürchtung, daß eine Vorwegnahme der filmwirtschaftlichen Fragen die anderen Forderungen zu sehr in den Hintergrund drängen könnte. Es

¹⁴⁶⁾ Gutachten vom 25. Juli 1946.

¹⁴⁷⁾ Lichtspieltheater- und Filmverleihverband.

¹⁴⁸⁾ Vgl. B-SFK S. 21.

herrschte die Ansicht, daß vor allem eine Verfassungsrevision als Voraussetzung zu einem umfassenden Filmgesetz, welches sowohl die gewerblichen als auch die kulturellen Belange berücksichtige, erforderlich sei. Demgemäß beschloß die SFK in ihrer Vollversammlung vom 22. April 1948, folgenden Antrag an das Departement des Innern zu stellen:

„1. Die SFK nimmt Kenntnis vom Ergebnis der Beratungen ihres Gesetzgebungsausschusses betr. den Erlaß eines BG über das Filmwesen. Sie stellt fest, daß die bestehenden verfassungsmäßigen Kompetenzen des Bundes eine umfassende Ordnung und Förderung des schweiz. Filmwesens im Sinne der Beschlußfassung der SFK vom 28. März 1944 nicht gestatten.

2. Bei dieser Sachlage beschließt die SFK, die Beratung des vorliegenden Entwurfes für ein Filmgesetz auszusetzen. Sie beantragt dem Eidg. Departement des Innern die Prüfung der Frage, ob nicht anläßlich einer nächsten Revision der BV den eidg. Räten z. H. von Volk und Ständen die Aufnahme eines entsprechenden Artikels in die BV vorzuschlagen sei“¹⁴⁹⁾.

Nachdem nun aber vom Departement des Innern ein verbindlicher Auftrag zur Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes vorlag, wurde der sog. 4. Entwurf gleichzeitig mit dem obzitierten Antrag eingereicht. Der Bericht des Sekretariates der SFK an das Eidg. Departement des Innern betr. eine Bundesgesetzgebung auf dem Gebiete des Filmwesens vom 1. Juli 1948 bildet somit den vorläufigen Abschluß der Gesetzgebungsarbeiten. Der Antrag zu einer Verfassungsrevision, deren Aussichten man keineswegs überschätzen darf, ist der Grund der heutigen Stagnation. Es ist die Stellungnahme des Departements des Innern, bzw. des BR's abzuwarten.

2. Die verfassungsmäßige Grundlage einer eidg. Filmgesetzgebung

Der umfangreiche Katalog filmwirtschaftlicher und filmkultureller Postulate¹⁵⁰⁾ erfordert zweifellos zu seiner Erfüllung eine Verfassungsrevision. Der zukünftige Filmartikel soll, nach dem Vorschlag der SFK¹⁵¹⁾, in allgemeiner Formulierung die uneingeschränkte Befugnis zur Gesetzgebung¹⁵²⁾ über das Filmwesen dem Bunde einräumen. Dabei würde Gesetzgebung nicht bedeuten, daß die Vollziehung dem Bunde entzogen wäre, vielmehr könnte sich der Bund durch seine Gesetzgebung auch die Vollziehung seiner Vorschriften vorbehalten¹⁵¹⁾.

Die Frage, ob die proponierte Verfassungsrevision zu begrüßen oder abzulehnen sei, stellt eine reine Tat- und Ermessensfrage dar, deren Beant-

¹⁴⁹⁾ Vgl. B-SFK S. 9.

¹⁵⁰⁾ Vgl. oben S. 159.

¹⁵¹⁾ Vgl. B-SFK S. 33.

¹⁵²⁾ Durch den Umstand, daß nur die Gesetzgebung und nicht das Filmwesen schlechtweg als Bundessache erklärt würde, sollte die falsche Interpretation vermieden werden, daß der Bund (etwa wie in Norwegen) auch zur Verstaatlichung des Filmwesens befugt sei.

wortung dem Volke zusteht. Sollte die Verfassungsrevision einmal Wirklichkeit werden, so würde naturgemäß die HGF im Sektor des Filmgewerbes aufgehoben. Der ganze Fragenkomplex um die Einführung eines neuen Filmartikels schaltet somit aus dieser Betrachtung aus. Es sprengen aber auch diejenigen filmpolitischen Postulate den Rahmen dieser Arbeit, welche zwar auf Grund der heutigen Verfassung eingeführt werden könnten, aber ihrer Natur nach nicht geeignet sind, die HGF zu tangieren. Es sind dies in erster Linie privatrechtliche Forderungen, wie Projektschutz, Sicherung gegen Blind- und Blockbuchung¹⁵³⁾ etc., für welche die verfassungsmäßige Grundlage in Art. 64 BV gegeben wäre. Es gehören dahin aber auch Fragen, wie der Einsatz des Films als Mittel der Volksbildung auf Grund von Art. 27 BV, etc.

In diesem Zusammenhange, in welchem die Beschränkungen des Filmgewerbes ausschließlich nur in ihrem Verhältnis zur HGF dargestellt werden sollen, ist einzig, das allerdings wichtigste Postulat, die Einführung der Bewilligungspflicht mit Bedürfnisklausel für alle Sparten des Filmwesens zu prüfen. Es wird zweckmäßig sein, dieser Untersuchung den Entwurf zu einem BG über die Bewilligungspflicht für das Filmgewerbe¹⁵⁴⁾ zu Grunde zu legen. Dieser Entwurf stützt sich auf Art. 31 bis und Art. 85 Ziff. 6 BV.

Die Anrufung des Art. 85 Ziff. 6 BV ist m. E. verfehlt. Diese Bezugnahme im Ingreß will (nach den Ausführungen der SFK¹⁵⁵⁾) zum Ausdruck bringen, „daß die Einführung der Bewilligungspflicht in erster Linie nicht nur allein als Maßnahme zur Erhaltung gefährdeter Wirtschaftszweige, sondern auch als Maßregel für die äußere Sicherheit und für die Behauptung der Unabhängigkeit des Landes gedacht ist“. Dieser Gesichtspunkt der äußeren Sicherheit und Unabhängigkeit des Landes tritt in Art. 7 des Gesetzesentwurfes stark in den Vordergrund. Voraussetzung zur Bewilligungserteilung ist nach Art. 7 der „Besitz ausreichender Betriebsmittel schweizerischer Herkunft“ (lit. a), der „Besitz des Schweizerbürgerrechts der in der Verwaltung, Leitung und Geschäftsführung des Unternehmens tätigen Personen“ (lit. b), und schließlich muß „die Bewilligung in Übereinstimmung stehen mit dem Allgemeininteresse an der äußeren Sicherheit und an der Behauptung der Unabhängigkeit des Landes sowie an der Abwehr wirtschaftlicher und geistiger Überfremdung“ (lit. c). (Es ist offensichtlich, daß derartige staatspolitische Voraussetzungen sich niemals aus dem rein wirtschaftspolitischen Charakter des Art. 31 bis BV ableiten lassen.)

¹⁵³⁾ Das Blockbuchen stellt ein verbotenes Koppelungsgeschäft im Sinne des Art. 2 lit. d des BRB vom 2. IX. 1939 betreffend die Kosten der Lebenshaltung und des Schutzes der regulären Marktversorgung dar. Doch wurde dieser BRB in der Praxis nie auf das Blockbuchen angewandt.

¹⁵⁴⁾ Dieser Entwurf basiert auf dem Gutachten des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 25. Juli 1946 und wurde nicht veröffentlicht.

¹⁵⁵⁾ Vgl. B-SFK S. 15.

Art. 85 Ziff. 6 setzt aber eine unmittelbare, gewaltsame Gefährdung der äußeren Sicherheit und Unabhängigkeit voraus. Es ist einzig die Frage umstritten, ob in Art. 85 Ziff. 6 — wie Burckhardt annimmt¹⁵⁶⁾ — eine materielle Kompetenzbestimmung erblickt werden darf. Aber selbst, wenn man unter Maßregeln für die äußere Sicherheit und Unabhängigkeit der Schweiz auch die Rechtssetzung zählen will, so bildet doch Art. 85 Ziff. 6 nur ein „spezielles Notverordnungsrecht“, auf Grund dessen die Bvers nicht befugt ist „zur dauernden Regelung einer Materie, die die Sicherheit und Abhängigkeit des Landes betrifft“¹⁵⁷⁾.

Eine Gefährdung im Sinne des Art. 85 Ziff. 6 kann der Umstand, daß ausländisches Kapital im Filmgewerbe investiert ist, nicht bedeuten. (Es wird niemand ernstlich behaupten können, die äußere Sicherheit und Unabhängigkeit des Landes sei im letzten Jahrzehnt durch die Tatsache bedroht gewesen, daß der Filmverleih sich zum großen Teil in ausländischen Händen befindet.)

Die Einführung der Bewilligungspflicht im Filmgewerbe und die Abhängigmachung der Bewilligungserteilung von schweizerischem Kapital und schweizerischer Gesinnung bildet keine Maßregel im Sinne des Art. 85 Ziff. 6. Die Anrufung dieses Artikels im Ingreß, wie auch der sich speziell darauf beziehende Art. 7 lit. a, b, c des Gesetzesentwurfes, sind somit m. E. unhaltbar.

Maßregeln im Sinne des Art. 85 Ziff. 6 könnten sich einzig gegen konkrete, aufrührerische, die bestehende Ordnung gefährdende Filme richten. (Allerdings würde hier voraussichtlich das weniger umständliche und schnellere Polizeinotrecht des BR's auf Grund des Art. 102 Ziff. 9 und 10 BV in Funktion treten.)

3. Die Wirtschaftsartikel als Grundlage für ein BG über die Bewilligungspflicht mit Bedürfnisklausel im Filmgewerbe

a) Maßnahmen in Abweichung von der HGF gemäß BV Art. 31 bis Abs. 3 lit. a

Die Einführung der Bewilligungspflicht mit Bedürfnisklausel für alle Sparten des Filmgewerbes weicht vom Grundsatz der HGF ab, da sie nicht auf gewerbepolizeilichen, sondern auf wirtschafts-, kultur- und staatspolitischen Motiven beruht. Abweichungen von der HGF sind aber dem Bundesgesetzgeber einzig auf Grund des Art. 31 bis Abs. 3 BV gestattet¹⁵⁸⁾. Es ist also zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Art. 31 bis Abs. 3 BV für das Filmgewerbe zutreffen.

1. Nach lit. a ist der Bund zu wirtschaftspolitischen Maßnahmen in Abweichung von der HGF befugt, wenn es sich:

¹⁵⁶⁾ Vgl. Burckhardt, Kommentar S. 678.

¹⁵⁷⁾ Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht S. 523.

¹⁵⁸⁾ Vgl. oben S. 11 ff.

- α) um einen wichtigen,
- β) um einen in seinen Existenzgrundlagen gefährdeten Wirtschaftszweig oder Beruf handelt.
- α) Handelt es sich beim Filmgewerbe um einen wichtigen Wirtschaftszweig?

Nach der Botschaft des BR's zu den Wirtschaftsartikeln¹⁵⁹⁾ ist unter einem wichtigen Wirtschaftszweig „ein ganzes Teilgebiet der nationalen Wirtschaft, wie der Fremdenverkehr oder die Textilindustrie, zu verstehen, während die Berufsgruppen Unterabteilungen eines Wirtschaftszweiges darstellen“. Beim Filmgewerbe als ganzes handelt es sich um solch ein geschlossenes Teilgebiet, während die einzelnen Sparten des Filmgewerbes eher Berufsgruppen bilden.

Die Bedeutung des Filmgewerbes ergibt sich schon allein aus der Statistik der Filmwirtschaft¹⁶⁰⁾. Das Gutachten des Justizdepartementes bejaht das Kriterium des wichtigen Wirtschaftszweiges „namentlich aus der hohen kultur- und staatspolitischen Bedeutung, die dem Filmwesen zukommt“. Das Filmgewerbe dient heute nicht mehr, wie in seinen Anfängen, einzig der billigen Unterhaltung, es ist zu einem wichtigen Wirtschaftszweig geworden, dessen Entwicklung noch nicht abzusehen ist.

- β) Ist das Filmgewerbe in seiner Existenzgrundlage gefährdet?

Das Gutachten des Justizdepartementes, auf dem der Gesetzesentwurf beruht, kommt zum Schluß, daß sowohl die schweiz. Filmproduktion als auch ein unabhängiger schweiz. Filmhandel in ihren Existenzgrundlagen gefährdet erscheinen. Für das schweiz. Kinogewerbe wird dagegen nur eine bedingte Gefährdung angenommen. (In Anbetracht des Art. 31 bis Abs. 4 BV kämen staatliche Maßnahmen für das Kinogewerbe nur subsidiär und unter der Bedingung in Frage, daß „sich die Verhältnisse, wie sie in BBl 1937 II 489/91 geschildert sind, seither nicht wesentlich geändert haben“¹⁶¹⁾.)

Es ist aber zum Erlaß von Vorschriften gemäß Art. 31 bis lit. a eine absolute Gefährdung der Existenzgrundlagen eines Wirtschaftszweiges oder Berufs erforderlich. Es genügt nicht, wenn ein Beruf nur in seiner Unabhängigkeit (Filmverleih) oder in seinen „qualitativen Anforderungen“¹⁶²⁾ (Kinogewerbe) gefährdet erscheint. Außer bei der Filmproduktion wird nur eine Gefährdung der selbständigen inländischen Unternehmen durch aus-

¹⁵⁹⁾ Vgl. BBl 1937 II S. 887.

¹⁶⁰⁾ Vgl. oben S. 43 ff.

¹⁶¹⁾ Vgl. B-SFK S. 29.

¹⁶²⁾ Nach dem Gutachten liegt in einer verschärften Konkurrenz die Gefahr eines weiteren Sinkens des Niveaus der Kinodarbietungen und damit die Bedrohung der Existenz eines „qualitativen Anforderungen“ genügenden schweiz. Kinogewerbes.

ländische, kapitalkräftige Konzerne und sonstigen Mammutunternehmen angenommen. Hier steht aber gar nicht lit. a, sondern lit. d in Frage. Im folgenden soll die Berechtigung der vorgeschlagenen Maßnahmen für jede Sparte des Filmgewerbes gesondert geprüft werden.

Die Filmproduktion. Aus der Bedeutung der Dokumentar-, Kultur- und Wochenschau-Filmproduktion geht hervor, daß es sich bei der schweiz. Filmproduktion trotz ihres relativ geringen Umfanges um ein wichtiges Wirtschaftsgebiet handelt¹⁶³). Die schweiz. Filmproduktion (und zwar auch die Dokumentarfilmproduktion) ist heute in ihren Existenzgrundlagen gefährdet. Der Umstand, daß die Schweiz ein Kleinstaat ist, bringt der Filmproduktion eine weitgehende Exportabhängigkeit. Transferschwierigkeiten ausländischer Guthaben, Hindernisse in Form von Kontingentsbestimmungen ausländischer Staaten etc., verunmöglichen jedoch weitgehend den Export. Dazu kommt, daß die meisten Länder aus kulturpolitischen Gründen Dokumentar- und Kulturfilme derart large subventionieren, daß sie gratis oder gegen minimste Entschädigung ins Ausland abgegeben werden können. (So liefert z. B. Amerika zu den Spielfilmen jeweilen als Gratiszugabe einen Beifilm.) Diese Erscheinung verunmöglicht der schweiz. Filmproduktion, durch den Inlandvertrieb auch nur einen ins Gewicht fallenden Bruchteil ihrer Kosten zu decken und gefährdet ihre Weiterexistenz ernstlich.

Es fragt sich aber, ob die vorgesehene Bewilligungspflicht für die Filmproduktion die geeignete Schutzmaßnahme darstellt. Selbst durch eine Beschränkung der Zahl der Filmproduzenten wird der Filmproduktion keineswegs aus ihrer prekären Lage geholfen. Es kommt dazu, daß die Filmproduktion nicht nur als Wirtschaftszweig, sondern auch als Mittel der freien Meinungsäußerung gewertet werden muß, weshalb wirtschaftspolitische Beschränkungen auch die politischen Rechte tangieren können¹⁶⁴). Nur der Film als Kunstwerk oder Kommunikationsmittel ist aber überhaupt schutzwürdig, niemals der Film als bloßes Mittel der oberflächlichen Unterhaltung. Deshalb besteht hier die Gefahr, daß wirtschaftspolitische Beschränkungen (wie Bewilligungspflicht und Bedürfnisklausel) die Freiheit der künstlerischen Gestaltung und der politischen Meinungsäußerung beeinträchtigen. Das Mittel der Bewilligungspflicht ist aus diesem Grunde bei der Filmproduktion fehl am Platze.

Es fragt sich, welche anderen Maßnahmen zur Stützung der schweiz. Filmproduktion besser geeignet sind. In erster Linie wäre eine Berücksichtigung des Films in den Handelsverträgen zu nennen, soweit eine Liberalisierung des Handels noch nicht Platz gegriffen hat. Nachdem die zu expor-

¹⁶³) Es fragt sich höchstens, ob auch der schweiz. Spielfilmproduktion (durchschnittlich ein Film pro Jahr) eine Bedeutung zukommt.

¹⁶⁴) So werden heute Dokumentarfilme in immer stärkerem Maße in Abstimmungskämpfen eingesetzt.

tierenden Filme nur einen Bruchteil der importierten ausmachen, wäre ein Übereinkommen mit dem Auslande leicht zu erzielen. (Es muß dabei betont werden, daß ein Export wertvoller schweiz. Kulturfilme indirekt (durch die Werbewirkung) der gesamten Volkswirtschaft nützt.)

Die Hauptforderung ist aber die Einführung einer angemessenen Belastung der Lizenzerträge in der Schweiz. Die Schweiz ist m.W. der einzige Staat, der die Lizenzerträge ausländischer Filme keinerlei Belastung unterworfen hat. (Amerika belastet beispielsweise die Lizenzerträge mit dreißig Prozent, England¹⁶⁵) und andere Staaten gehen sogar noch höher.) Die Schweiz begnügt sich demgegenüber mit einer Totalbelastung von Fr. 8.50 pro Kilogramm Film. Dieses Vorgehen ist stoßend, weil dadurch ein erfolgreicher Film, der hunderttausende von Franken an Lizenzgebühren ins Ausland führt, gleich belastet wird wie ein erfolgloser, der kaum Erträge abwirft¹⁶⁶). Heute gehen jährlich rd. 10 Millionen Franken an Lizenzerträgen ins Ausland, die in der Schweiz nicht versteuert wurden. Es ist nicht einzusehen, weshalb die in Millionen gehenden Lizenzgebühren unbelastet aus der Schweiz ins Ausland gehen dürfen, während die Schweizerfilme im Ausland der üblichen Taxation unterworfen sind. Eine angemessene Besteuerung der Lizenzerträge von zwanzig bis dreißig Prozent auf alle importierten Filme würde nicht nur eine nachhaltige Förderung der eigenen Filmproduktion und eine Gratisabgabe schweiz. Kulturfilme zur Fremdenwerbung ins Ausland ermöglichen, sondern könnte auch die gesamte Filmverwaltung (Filmkammer) finanzieren und einen schweiz. Filmfonds speisen. Dabei hätte diese Belastung nicht das Inland, sondern die ausländischen Filmproduzenten zu tragen. Damit würde in der Schweiz eine Maßnahme eingeführt, die in den meisten ausländischen Staaten schon Fuß gefaßt hat.

Die rechtliche Schwierigkeit liegt darin, daß eine solche direkte Bundessteuer auf den Lizenzerträgen nicht als Zoll gewertet werden könnte und deshalb eine Verfassungsrevision erfordern würde. Diese steuerrechtliche Erfassung der Lizenzerträge würde jedoch einen größeren Nutzen bringen als das höchst problematische Mittel der Bewilligungspflicht mit Bedürfnisklausel für die Filmproduktion. Eine gerechte Taxation hat dazu noch den großen Vorteil, daß sie keinen Eingriff in die HGF darstellt.

Der Filmverleih. Bis Ende 1951 bildet noch die Filmkontingentierung eine Art Bedürfnisklausel für den Filmverleih. Auf diesen Zeitpunkt erlischt der BB 1933 über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Aus-

¹⁶⁵) England subventioniert aus dem Belastungserlös seine eigene Filmproduktion mit mehreren Millionen Franken pro Jahr.

¹⁶⁶) Vgl. dazu ausführlich: Exposé des VSF über die gegenwärtige Lage und die sich daraus ergebenden Postulate der schweiz. Filmproduzenten vom 12. Jan. 1948 (unveröffentlicht).

lande, auf welchen sich die Kontingentierung stützt. Es besteht nun im Bundeshaus die natürliche Bestrebung, die Einfuhrbeschränkungen (Kontingentierungen etc.) in die ordentliche Gesetzgebung zu retten. Es stellt sich dabei die Frage nach den dazu geeigneten Verfassungsnormen. In erster Linie erscheinen die Zoll-¹⁶⁷⁾ und Wirtschaftsartikel brauchbar.

Die Filmkontingentierung soll auf Grund des Art. 31 bis im neuen Gewande der Bewilligungspflicht in die ordentliche Gesetzgebung eingehen. Dabei wird aber keine Existenzgefährdung des Filmhandels an und für sich supponiert, sondern nur eine Gefährdung der Unabhängigkeit des schweiz. Filmhandels. Dieser scheint tatsächlich, soweit er überhaupt noch unabhängig ist, in seiner Existenz bedroht. Aber Art. 31 bis lit. a fordert die Gefährdung eines Wirtschaftszweiges als Ganzes. Er erlaubt keine Unterscheidung zwischen schutzwürdigen und schutzunwürdigen Unternehmen. Eine Differenzierung zwischen abhängigen und unabhängigen Unternehmen ist ihm fremd. Es ist heute leider eine weitverbreitete Ansicht, der entgegengetreten werden muß, daß Art. 31 bis BV auch dazu dienen kann, innerhalb eines Wirtschaftszweiges die einen vor der Konkurrenz der anderen zu schützen. (So wurden in letzter Zeit bspw. wiederholt Pressestimmen laut, die Schutzmaßnahmen des Bundes für den in seiner Existenzgrundlage gefährdeten mittelständischen Detailhandel gegen die ruinöse Konkurrenz von Seiten der Filialgeschäfte und Warenhäuser forderten. Dabei beruft man sich ausdrücklich auf Art. 31 bis BV.) Es liegt darin eine Verkennung des Sinns des Art. 31 bis lit. a BV. Lit. a ermächtigt den Bund nur zu Maßnahmen gegen eine Wirtschaftskrise, unter welcher ein ganzer Wirtschaftszweig oder Beruf als solcher leidet, z. B. infolge Überproduktion (Absatzstockung durch Marktsättigung etc.). Die Konkurrenz innerhalb eines Wirtschaftszweiges muß dagegen zugelassen werden, auch wenn sie sich für die einen ruinös auswirkt.

Es ist nicht der Filmhandel an und für sich gefährdet, sondern nur die rund dreißig unabhängigen Verleiher, die heute zusammen ungefähr gleichviele Filme vermitteln, wie die acht mit den größten Filmproduzenten direkt verbundenen Unternehmen. Es ist offensichtlich, daß ohne Filmkontingentierung der Filmhandel noch in weit höherem Maße monopolisiert wäre. Die Aufhebung der Filmkontingentierung ohne gleichzeitige, geeignete Ersatzmaßnahmen, wird sich mit Sicherheit zu Ungunsten der unabhängigen Verleiher auswirken. Es soll nicht bestritten sein, daß eine derartige Abhängigkeit vom Auslande, auf einem politisch und kulturell so bedeutungsvollen Gebiete, wie es das Filmwesen darstellt, alles andere als wünschenswert ist. Dennoch muß es abgelehnt werden, hier aus rein opportunistischen Gründen mit Art. 31 bis lit. a BV zu operie-

¹⁶⁷⁾ Ob die Zollartikel in Frage kommen, ist umstritten. Vgl. dazu: Huber, in WuR S. 204 ff. und andererseits Giacometti, Außenhandel und HGF, in Festgabe Nawiasky, S. 17 ff.

ren¹⁶⁸). Der Filmhandel kann keineswegs als in seinen Existenzgrundlagen gefährdet betrachtet werden, weil zu ihm auch die acht abhängigen Verleiher gehören, deren Unternehmen wirtschaftlich aufs allerbeste gesichert ist. Dagegen bleibt zu untersuchen, ob nicht auf Grund des Art. 31 bis lit. d BV Maßnahmen getroffen werden können.

Das Kinogewerbe. Das Kinogewerbe ist heute ein florierendes Gewerbe. Es verdankt diese Tatsache zum großen Teil der Verbandsordnung (Interessenvertrag), welche jede Konkurrenz, die die bestehenden Theater hätte gefährden können, verunmöglichte. Es gibt kaum ein anderes Gewerbe, welches derart gesichert ist, wie das Lichtspieltheatergewerbe. Es kann hier tatsächlich von einer Existenzgefährdung keine Rede sein. Der Gesetzesentwurf sieht denn auch für das Kinogewerbe nicht schlechthin die Bewilligungspflicht vor, sondern nur für den Fall, daß die Selbsthilfemaßnahmen der Verbände nicht mehr befriedigen. Damit setzt aber der Gesetzesentwurf a priori voraus, daß, wenn die Selbsthilfemaßnahmen nicht mehr befriedigen, eine Existenzgefährdung des Kinogewerbes eintreten würde. Andernfalls wäre ja keine verfassungsmäßige Grundlage für die subsidiäre Bewilligungspflicht gegeben. Diese Voraussetzung scheint aber gewagt. Man kann wohl kaum aus der Tatsache allein, daß das Kinogewerbe im Jahre 1935 (in der Zeit einer allgemeinen Weltkrise) in seiner Existenzgrundlage bedroht gewesen war, ableiten, daß dies auch noch heute der Fall wäre. Selbst wenn die Selbsthilfemaßnahmen, die damals dem Kinogewerbe aus seiner prekären Lage herausgeholfen hatten, dahinfallen würden, ist nicht gesagt, daß heute, volle fünfzehn Jahre später, sich wieder eine Notlage einstellen müßte. Noch problematischer wird die Bestimmung dadurch, daß sie nicht auf das Funktionieren, sondern auf ein Befriedigen der Selbsthilfemaßnahmen abstellt¹⁶⁹).

Die Einführung der subsidiären Bedürfnisklausel erscheint aber auch aus folgendem Grunde fragwürdig: Art. 32 BV sieht für Maßnahmen, welche von der HGF abweichen, die Gesetzesform vor. Es soll dadurch die Entscheidung, ob im konkreten Falle eine Existenzgefährdung vorliegt, dem Volke überlassen sein. Demgegenüber will aber Art. 7 Abs. 2, Schlußsatz des Gesetzesentwurfes den BR zur Bestimmung des Zeitpunktes ermächtigen, wann die staatliche Bedürfnisklausel Platz greifen soll¹⁷⁰). Durch diese Delegation an den BR wird dem Volke die Möglichkeit genommen, im aktuellen Zeitpunkt zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Die Einfüh-

¹⁶⁸) Für handelspolitische Maßnahmen ist BV Art. 31 bis Abs. 3 lit. a prinzipiell nicht anwendbar, wie Giacometti, Außenhandel und HGF, S. 29 ff. nachweist.

¹⁶⁹) Für diese Problematik vgl. oben S. 78.

¹⁷⁰) Indem auf das vage Kriterium des Befriedigens der Selbsthilfemaßnahmen abgestellt wird, würde dem BR im Grunde auch der Entscheid zukommen, ob die staatliche Bedürfnisklausel überhaupt eingeführt werden soll.

rung derartiger subsidiärer Bedürfnisklauseln, selbst auf dem Wege der Gesetzgebung, entspricht weder dem Sinne des Art. 31 bis noch dem des Art. 32 BV¹⁷¹⁾.

Zusammenfassung: Eine Existenzgefährdung im Filmgewerbe ist, von der Filmproduktion abgesehen, zu verneinen. Maßnahmen gemäß lit. a sind somit ausgeschlossen.

Dagegen muß eine Gefährdung der selbständigen, inländischen Firmen durch ausländische, kapitalkräftige Konzerne bejaht werden. Es stehen dementsprechend nur Maßnahmen gemäß lit. d in Frage.

b) Maßnahmen in Abweichung von der HGF gemäß BV Art. 31 bis Abs. 3 lit. d

Es sind hier zwei Fragen gesondert zu prüfen:

- α) Der Erlaß von Vorschriften zur Bekämpfung schädlicher Auswirkungen einer Vertristung des Filmgewerbes,
- β) der Erlaß von Vorschriften zur Bekämpfung kartellartiger Bindungen im Filmgewerbe.

α) Um die Gefahr einer Vertristung zu erkennen, muß man von den Verhältnissen ausgehen, wie sie zur Zeit in Nordamerika herrschen. Die Filmindustrie wird in den USA durch fünf Trusts repräsentiert: Metro-Goldwyn-Mayer, Paramount, R. K. O. (Radio, Keith, Orpheum), Twentieth Century Fox und Warner Brothers. Diesen sind noch drei Konzerne als Satelliten angegliedert: Columbia, Universal und United Artists. Die gesamte Filmindustrie arbeitet in den USA mit einem Kapital von zwei Milliarden Dollar. Davon fallen auf die Produktion 125 Millionen, auf den Verleih 25 Millionen und auf die Lichtspieltheater 1850 Millionen. Produktion und Verleih ist fast vollständig in den Händen dieser Trusts, aber auch von den 11,7 Millionen Kinopläätzen in den USA gehören heute schon 25% diesen fünf Unternehmen¹⁷²⁾. Diese beherrschen also sowohl in vertikaler als auch in horizontaler Gliederung Produktion, Verleih und Kinogewerbe. Sie begnügen sich aber nicht mit dem amerikanischen Markt und dem Export ihrer Filme, sondern versuchen auch den ausländischen Filmverleih und Theaterpark in die Hände zu bekommen. So beherrschen die fünf amerikanischen Trusts trotz Filmkontingentierung noch weitgehend den schweizerischen Filmverleih. Eine Einflußnahme auf den Theaterpark ist im Jahre 1935 nur mit Mühe verhindert worden.

Es besteht aber neben der Gefahr, daß ausländische Unternehmen den schweiz. Theaterpark aufkaufen, auch die, daß kapitalkräftige, inländische

¹⁷¹⁾ Eine so weitgehende Kompetenzdelegation an den BR ist m. E. verfassungswidrig. Vgl. dazu auch Kaufmann a.a.O. S. 36 und 39.

¹⁷²⁾ Vgl. Eugen W. Engel (New York), Nationales und internationales Filmrecht, in Jurist. Blätter Wien, 71/209.

Gesellschaften sich einer Großzahl Lichtspieltheater bemächtigen und so, dank der Suggestivkraft des Filmes, eine politische und geistige Vorherrschaft ausüben. Die Vertrustung eines Kommunikationsmittels, wie Presse oder Film, birgt naturgemäß die Gefahr sozial schädlicher Auswirkungen in sich, indem eine einseitige Beeinflussung oder gar Irreführung des Volkes sehr wohl in der Lage ist, eine gerechte Ordnung der menschlichen Gesellschaft zu untergraben, soziale Mißstände zu ermöglichen oder zu beschönigen. Die Auswirkungen der einseitigen Information in den Diktaturstaaten liefert hierfür den Beweis.

Art. 31 bis lit. d BV kann aber nicht die Meinung haben, daß erst volkswirtschaftliche oder soziale Schäden durch Kartelle und ähnliche Organisationen eingetreten sein müssen, bevor der Bund Vorschriften dagegen erlassen kann. Wenn Schäden schon eingetreten sind, können Vorschriften unter Umständen absolut wertlos oder zu mindestens von reduziertem Werte sein. Der Bund muß deshalb, nach sinngemäßer Auslegung des lit. d, schon zum Erlaß von Vorschriften gegen latente zukünftige volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen derartiger Organisationen befugt sein. Eine extensive Auslegung von lit. d rechtfertigt sich auch, weil die Intervention des Staates hier regelmäßig (im strikten Gegensatz zu Vorschriften gemäß den übrigen Kompetenznormen des Art. 31 bis Abs. 3 BV) gerade der Bewahrung oder Restaurierung des Leistungswettbewerbes dienen wird. Die „Abweichung von der HGF“ besteht in diesem Falle in einer Beseitigung privater Monopole oder Oligopole und fördert somit die HGF im eigentlichen Sinne. Es muß deshalb die Kompetenz des Bundes zum Erlaß vorbeugender Maßnahmen auf Grund des Art. 31 bis Abs. 3 lit. d BV gegen eine allfällige Vertrustung des Filmgewerbes bejaht werden.

β) Es wurde schon oben (S. 75 ff.) nachgewiesen, daß die Verbandsordnung im Filmgewerbe (Interessenvertrag), insoweit sie der Einführung der Bedürfnisklausel dient, sozial schädliche Auswirkungen im Sinne des Art. 31 bis lit. d BV zeitigt. Somit ist auch hier der Bund zum Erlaß von monopolprohibitiven Maßnahmen befugt.

Der Erlaß von Maßnahmen gemäß lit. d hängt (wie der Erlaß von Vorschriften nach Art. 31 bis Abs. 3 BV überhaupt) von zwei Voraussetzungen ab:

1. Das *Gesamtinteresse* muß die Vorschrift rechtfertigen.
2. Die Maßnahme darf nur „nötigenfalls“ erlassen werden.

Da es sich in concreto nicht um eine wirtschaftspolitische, sondern um eine staats- und kulturpolitische Maßnahme handelt, ist das Gesamtinteresse von vorneherein gegeben. Nur bei wirtschaftspolitischen Maßnahmen besteht die Gefahr, daß sie weniger im Gesamtinteresse, als im Sonderinteresse eines bestimmten Wirtschaftskreises erlassen werden.

Die zweite Voraussetzung (die Formulierung „nötigenfalls“) will besagen:

a) Die Maßnahme darf nur als ultima ratio eingeführt werden. Es ergibt sich daraus, daß Maßnahmen, die keine Abweichung von der HGF erfordern, unbedingt den Vorrang besitzen. Hier wird sich in erster Linie die Frage stellen, ob nicht eine Revision des ZGB (bzw. OR) weitestgehend denselben Zweck erfüllen könnte. Es wäre vor allem an einen Ausbau des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechtes (ZGB Art. 28) und der Einführung einer umfassenden Boykottgesetzgebung (OR Art. 41 ff.) zu denken.

b) Ferner besagt vorliegende Formulierung, daß die Maßnahmen nur soweit von der HGF abweichen dürfen, als dies zur Erfüllung des verfolgten Zweckes unbedingt nötig erscheint. Darin liegt eine Betonung des allgemeinen gesetzgeberischen Grundsatzes, daß alle staatlichen Erlasse in einem vernünftigen Verhältnis zu dem von ihnen verfolgten Zweck zu stehen haben. Es ist dies eine Forderung, die vor allem auch bei der Polizeigesetzgebung eine immense Rolle spielt. Auf vorliegenden Fall angewendet heißt dies, daß die Maßnahmen nur der Monopolisierungsgefahr im Filmgewerbe mit ihren allfälligen schädlichen Auswirkungen entgegentreten können; dagegen dürfen sie nicht andere, wirtschaftspolitische Zwecke verfolgen. Dadurch wird der Kreis der in Frage stehenden Maßnahmen beträchtlich eingeschränkt.

So läßt sich vorliegender Gesetzesentwurf keinesfalls auf Art. 31 bis Abs. 3 lit. d BV stützen. Es ließe sich zwar auf Grund des Art. 31 bis lit. d BV mit guten Gründen eine Bewilligungspflicht für sämtliche Sparten des Filmgewerbes einführen, doch dürfte die Erteilung der Bewilligung nur von Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die sich im Interesse der Verhinderung und Bekämpfung einer Monopolisierung des Filmgewerbes rechtfertigen.

Curriculum vitae

Am 19. November 1922 wurde ich in Zürich als Sohn des Kunstmalers Johann von Tschanner geboren. Ich besuchte hier die Primarschule und das kantonale Gymnasium und bestand 1941 die Lateinmatur.

Im Herbst 1941 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich neun Semester, d. h. bis zum Sommer 1946, studierte. Im Frühling 1946 starb mein Vater, und die Umstände zwangen mich, zeitweise erwerbstätig zu sein. In der Freizeit verfaßte ich meine Dissertation und besuchte als Auditor Vorlesungen. 1951 bestand ich an der Universität in Zürich meine Examina.



